This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 927 471

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Spain

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

60
SN
2234
9

ESTUDIOS
JURÍDICOS Y NOTARIALES

POR

JOSÉ POAL Y JOFRESA

NOTARIO

BARCELONA

TIP. «L'AVENÇ»: RONDA DE LA UNIVERSIDAD, 20

1899

Digitized by Google

Digitized by Google

DONATIVO DEL AUTOR

ESTUDIOS

JURÍDICOS Y NOTARIALES

Digitized by Google

Digitized by Google

ESTUDIOS

JURÍDICOS Y NOTARIALES

POR

JOSÉ POAL Y JOFRESA

NOTARIO

BARCELONA

TIP. «L'AVENÇ»: RONDA DE LA UNIVERSIDAD, 20

1899

Digitized by Google

Digitized by Google

El artículo 27 de la Ley Hipotecaria

Dice el artículo que nos sirve de epígrafe: «Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.»

Fijémonos, por lo pronto, en la palabra *tercero*. Esta palabra, en la acepción usual y corriente del lenguaje vulgar, significa el que no es el uno ni el otro; aplicando este significado á la contratación y teniendo en cuenta que en el contrato regularmente intervienen sólo dos partes, tercero, en el tecnicismo contractual, significa el que no es la una parte contratante ni la otra. Los testigos y demás intervenientes que no figuran como partes contratantes son terceros según esta acepción.

¿Es este por ventura el sentido en que usa la palabra *tercero* el artículo que examinamos? Creemos que no.

No cabe negar que la Ley Hipotecaria pretende tener en cuenta la buena fe. Así lo prueba la frase de la Exposición de motivos: «buena fe que en lugar

Digitized by Google

de debilitarla debe procurar el Legislador fortalecerla en cuanto alcance». También lo prueba, y de un modo más directo, aquel párrafo de la misma Exposición: «el principio de que la propiedad se transmite por el solo consentimiento, tanto respecto á los contrayentes como á los terceros, no puede aceptarse cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque. . . . . produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no *ha podido tener conocimiento*». En el párrafo que dejamos transcrito y, sobre todo, en lo que de él hemos subrayado, se ve claramente, si no estamos equivocados, que los redactores de la Ley Hipotecaria, aunque tal vez no se dieran cuenta exacta de ello, tenían en la mente dos ideas: 1.ª que quien conoce la causa invalidadora del derecho que adquiere, no merece ser amparado por la legislación inmobiliaria, por más que dicha causa haya dejado de inscribirse; 2.ª que la protección del Derecho inmobiliario debe denegarse al que por culpa ó negligencia suya se halla en ignorancia de la causa invalidadora del derecho que adquiere.

Partiendo de este supuesto, puede decirse que nuestra Ley Hipotecaria, al que solicita su protección, le exige, en primer lugar, que tenga ignorancia excusable de la causa que invalida su derecho; luego que haya inscrito su título; después que este título sea oneroso y, por último, que dicho título lo haya otorgado el que en el Registro de la propiedad aparecía dueño.

Lo de haber de estar inscrito el título del adquirente se halla establecido en los artículos 23 y 34, y

Digitized by Google

lo de haber de ser oneroso dicho título y haber de estar inscrito el del transmitente, lo ordena el citado artículo 34.

La ignorancia excusable no la vemos exigida en uno ni en otro de dichos artículos, ni en el 23 ni en el 34; luego el que habrá tratado de regularla, será el que examinamos, el 27. Veamos cómo la regula.

Los redactores de la ley sentirían la necesidad de impedir que con el pretexto de la mala fe del que adquiere y solicita la protección, se pusiese pleito á todas y á cada una de las adquisiciones de bienes inmuebles, y con el propósito de evitar esto, que habría producido la ruína del crédito territorial, formularon, si no estamos equivocados, el artículo 27, en el cual se vino á decir que la mala fe del adquirente sólo puede probarse por su intervención en el acto ó contrato inscrito.

De esto resulta que á la palabra tercero se le da, en el artículo 27, una acepción más restringida que la usual y corriente. Según ésta, es tercero todo el que no ha sido parte en el acto ó contrato aunque haya intervenido en él: según aquélla, para ser tercero, no basta no haber sido parte en el acto ó contrato: es preciso además no haber intervenido.

En esta alteración del sentido de la palabra tercero, ya no anduvo acertada la Ley Hipotecaria. Nunca es bueno, y menos en materia de tanta trascencencia, dar á las voces distinto significado del que les atribuyen la generalidad de las gentes; pero el defecto es todavía mayor si se considera que la Ley Hipotecaria al paso que aquí, en el artículo 27, varía la acepción de la palabra *tercero*, ha conservado á este vocablo su sentido genuino en otros ar-

Digitized by Google

tículos, como, por ejemplo, en el 31. De esta manera se introduce la confusión y la vaguedad, porque en cada uno de los artículos de dicha ley en que aparece la palabra *tercero*, cabe examinar y discutir si ha de tener aquella palabra uno ú otro de sus diversos significados.

Y no para aquí el defecto que indicamos. La Ley Hipotecaria en algunos de sus artículos emplea la voz tercero como sinónimo de protegido, y de tercero á protegido hay una distancia inmensa. Tercero es sólo una circunstancia, un requisito necesario para obtener la protección, y tomar aquí la parte por el todo, emplear semejante tropo no nos parece muy prudente, dada la importancia del asunto. ¿No podría alguien pretender que teniendo en el artículo 27 la palabra tercero el significado de protegido, para conseguir la protección se requiere tan sólo no haber intervenido en el acto ó contrato inscrito?

Tenemos hasta aquí que el artículo 27 adolece de graves defectos, nacidos de haber empleado la palabra tercero para significar la ignorancia excusable de la causa invalidadora del derecho que se pide sea protegido; defectos que son: dar pié para que algunos, fundándose en la acepción usual y corriente que en el lenguaje jurídico tiene la voz tercero, afirmen que según el espíritu del artículo 27, en todos los casos la mera intervención en el acto ó contrato no es motivo bastante para que la protección deje de concederse; y poder, por otra parte, dar origen á la creencia de que basta desconocer el acto ó contrato para que la protección sea concedida; creencia errónea, porque, como decíamos antes, para obtener la protección, á más de no haber intervenido en el

Digitized by Google

acto ó contrato inscrito, se requieren las otras circunstancias exigidas en los artículos 23 y 34, esto es, ser el título oneroso, estar este título inscrito y haber sido otorgado el mismo título por la persona que en el Registro aparecía dueño.

Continuemos examinando la redacción del artículo 27. Dice este artículo que para ser tercero es menester no haber intervenido en el acto ó contrato inscrito. *A*, dueño de una finca, la vende á *B*, que no inscribe; después *A* vende la misma finca á *C*, que inscribe. El contrato de *C* adolece, en el terreno de la legislación común, del vicio de nulidad por haberlo otorgado el que ya no era dueño. Es evidente, por otra parte, que *C* ha intervenido en el contrato otorgado á favor suyo, que está inscrito. ¿Se dirá que con arreglo al artículo 27, no goza *C* de la consideración de tercero por haber intervenido en la venta otorgada á favor suyo?

Semejante interpretación sería absurda. Precisamente para favorecer á este *C* y á otros adquirentes que se encuentran en situación análoga, se ha establecido la protección del Derecho inmobiliario.

Rechazada la indicada interpretación, podría proponerse otra; podría decirse: el espíritu del artículo 27 es ordenar que en el caso de haber intervenido el aspirante á protegido en algún acto ó contrato distinto del otorgado á su favor, pero que se refiere al mismo derecho, ya no podrá obtener la protección por carecer de ignorancia excusable.

Desde luego una disposición semejante, en el terreno de los buenos principios, no podría admitirse sin ciertas restricciones. Se habrían de distinguir, ante todo, tres clases de actos ó contratos: los

Digitized by Google

anteriores al nacimiento del conflicto ó causa invalidadora del derecho que se pide sea protegido; aquellos en que la causa invalidadora nace y los posteriores al dicho nacimiento. El haber intervenido en los actos ó contratos anteriores al nacimiento de la causa invalidadora no puede impedir la protección. Ejemplo: yo soy testigo de la venta otorgada á favor de *B*, venta que se inscribe; después *B* vende la finca á *C*, que no cuida de inscribir su compra. Más tarde compro yo aquella finca á *B*, que la tiene aún inscrita. En el momento de otorgarse la venta á favor de *C*, nació la causa que invalida mi compra. ¿Habrá de denegárseme la protección por haber sido testigo en la venta otorgada á favor de *B* mi causante?

Respecto de los actos ó contratos en que la causa invalidadora nace, debería distinguirse cuando este nacimiento está á la vista, de cuando se halla oculto. Desde luego se vé que hay mucha diferencia entre los dos ejemplos siguientes: 1.° *A* vende su finca á *B* siendo yo testigo; *B* no inscribe; después *A* me vende la finca. 2.° *R*, mediando error, que yo, testigo, ignoro, vende la finca á *Z*; después yo compro aquella finca á *Z*. En ambos casos he intervenido en el contrato en que nace la causa invalidadora de mi compra; mas en el primer ejemplo, dicha causa se halla manifiesta porque no me es lícito ignorar que habiendo vendido *A* su finca á *B*, se ha transmitido á éste el dominio de la finca. No sucede ya lo mismo en el segundo ejemplo; es verdad que el error anula la venta otorgada á favor de *Z;* también lo es que yo he presenciado aquella venta; pero yo no estoy obligado á saber, puedo ignorar lícitamente, que media el error que invalida la venta.

Digitized by Google

Tratándose de los actos ó contratas posteriores al nacimiento de la causa invalidadora, habría que distinguir si pertenece el acto á una ú otra de las dos grandes líneas ó series en que está entonces dividida la titulación. Lo mismo tratándose de los casos comprendidos en el artículo 34 que de los que comprende el artículo 23, cuando nace la causa invalidadora la titulación se bifurca; la una línea la constituyen todos los títulos que serán sacrificados á los principios de la Ley Hipotecaria, y por esto la llamaríamos nosotros línea ó serie sacrificada; la otra la forman todos los títulos que serán protegidos en virtud de los dichos principios y por esto la llamaríamos protegida á esta línea ó serie.

El aspirante á protegido debe tener ignorancia de todos los títulos de la serie sacrificada, siendo indiferente que la tenga ó no de los de la serie protegida á que el mismo, ó mejor dicho, su título, pertenece. Por esto si se inscribe una venta falsa á favor de *A*, después *A* vende la finca á *B* siendo yo testigo y, más tarde, *B* me vende aquella finca, el haber sido testigo en la venta á favor de *B*, no me impedirá ser protegido. Por esto seré también protegido si *A* vende una finca á *B* que no inscribe; después *A*, siendo yo testigo, vende la misma finca á *C* que inscribe, y luego *C* me vende la propia finca. La razón de ser protegido en uno y otro ejemplo es la misma: hay intervención mía, es cierto, en un contrato referente á la misma finca; pero el contrato en que he intervenido pertenece á la serie protegida.

Ahora bien, ¿cabe suponer que los redactores de la Ley Hipotecaria quisieran que al artículo 27 se le diese esta segunda interpretación que estamos exa-

Digitized by Google

minando sin ninguna de las restricciones que quedan expuestas? ¿Podríamos decir que el espíritu de aquel artículo, es que se denegará la protección al aspirante á protegido siempre que hubiere intervenido en el acto ó contrato, que aun cuando distinto del otorgado á su favor se refiere, sin embargo, al derecho protegible? Tal suposición, sería inferir fuerte agravio á los esclarecidos varones que redactaron aquel monumento de nuestro Derecho. Es imposible que aquellos hombres encanecidos en el estudio de las leyes, prohijasen injusticias tan enormes como las que resultarían entonces del artículo 27. No cabe suponer que hubiesen querido despojar del carácter de tercero al que ha intervenido como testigo en un acto ó contrato referente á la finca que después adquiere cuando al tiempo de la intervención no existía aún el conflicto hipotecario. Imposible es igualmente que hayan querido despojar de dicha prerrogativa de tercero al que antes de adquirir su derecho hubiese figurado como testigo en un acto ó contrato de la serie protegida.

¿Habría sido, pues, el intento de los redactores de la ley, que se diere al artículo 27 la interpretación de que estamos tratando con las restricciones que llevamos expuestas? ¿Cabe suponer que dichos redactores se propusieran consignar en el artículo 27, que únicamente impedirá la protección el haber intervenido en el acto ó contrato cuando éste pertenezca á la serie sacrificada y en dicho acto nace y aparece manifiestamente la causa invalidadora del derecho cuya protección se pide?

Tampoco: un precepto como el que resultaría de semejante interpretación encajaría bien, sería admi-

Digitized by Google

sible en un sistema que partiera del supuesto de que puede impedir asimismo la protección, el conocimiento de lo que no consta en el Registro (véase nuestro estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario*). Pero en el sistema de nuestra Ley Hipotecaria vigente, tal interpretación acusaría inconsecuencia. Permitiendo dicha ley ignorar muchos preceptos del Derecho (véanse los casos del artículo 36) no estaría, ciertamente, en carácter, diciendo aquí que ha de impedir la protección un conocimiento menos indeleble que el que se ha de tener del Derecho, y un conocimiento á veces sólo presunto y hasta mal presumido, si se quiere (véase nuestro citado estudio cuando trata de los simples intervenientes). Además, en tal supuesto, sobraría el epíteto inscrito aplicado al acto ó contrato en que se ha sido parte, como luego veremos.

A lo que se nos alcanza, los redactores de la Ley Hipotecaria no se preocuparon del conocimiento que pudiera tener el aspirante á protegido de los actos cuya inscripción se hubiese omitido; se fijaron sólo en la protección del artículo 34, mejor dicho, en lo que nosotros en el estudio que acabamos de citar hemos denominado protección extintiva.

Que esta es la inteligencia que debe dársele al artículo 27, acaba de confirmarlo, á nuestro juicio, el adjetivo *inscrito* aplicado al acto ó contrato en que se ha sido parte. Dicho calificativo no podría aplicarse al título del aspirante á protegido, porque razonando á contrario *sensu*, vendría á sujerir la idea de que la Ley Hipotecaria niega al que ha inscrito la protección que le habría concedido si hubiese dejado de inscribir; la idea de que *C*, en el ejemplo

Digitized by Google

antes puesto, habría obtenido la protección no inscribiendo la venta á su favor otorgada; idea inadmisible de todo punto, porque al que no inscribe no se le proteje. Tampoco puede aplicarse el adjetivo inscrito á los actos ó contratos distintos del otorgado á favor del aspirante á protegido que hubiesen de ser postergados como comprendidos en el artículo 23, esto es, por haberse omitido su inscripción, porque entonces, aparte de la contradicción absurda que implicaría hablar de actos ó contratos que estuviesen á la vez inscritos y no inscritos, siendo sinónimo de conocer el haber intervenido en el acto ó contrato, como lo inscrito nadie puede ignorarlo, resultaría que se habrían exigido, sin ninguna razón plausible, dos fuentes de conocimiento para considerar sabido ó conocido el acto ó contrato; podría decírseles en tal caso á los redactores del artículo 27: *olivo ó aceituno todo es uno.*

Por el contrario, el adjetivo inscrito tiene una explicación cabal en el supuesto que antes establecíamos de no haber tenido en cuenta los redactores de la ley otra clase de protección que la concedida contra lo cancelado indebidamente, que la regulada por el artículo 34. Entonces significa que cuando al acto ó contrato, *por estar inscrito,* se le otorgaría protección, ésta, sin embargo, no se concede ó no se transmite (véase nuestro repetido estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario)* si el que con ella habría de ser favorecido hubiese intervenido en aquel acto ó contrato inscrito.

¿Pero el precepto del artículo 27 está al menos bien redactado en el supuesto de haberse querido referir solamente á la protección del artículo 34?

Digitized by Google

Tampoco, porque dentro de aquel limitado círculo, por un lado comprende más y por otro comprende menos de lo que debería comprender, esto es, excluye de la protección actos que la merecen y, al contrario, concede, tolera que sean protegidos actos que, con toda evidencia, debieran no serlo. Comprende más: pondremos el ejemplo de antes. *A*, mediando error esencial, vende una finca á *B* siendo yo testigo. En este ejemplo resulta una tergiversación implícita, porque no diciéndose lo contrario, se ha de suponer, es más, del contrato resulta y del Registro resultará luego, que no ha mediado error. Pues bien; yo que he sido testigo en aquel contrato, ignorando el error que mediaba, compro luego la finca á *B*. ¿Se me negará la protección por haber sido testigo en la venta á favor de *B*? Más evidente es aún la injusticia en este otro ejemplo: soy testigo de un contrato en que *A*, fingiendo ser *B*, enagena la finca á *C*, que inscribe; luego yo compro la finca á *C* é inscribo también. ¿Se me negará la protección por haber sido testigo en la venta á favor de *C*? ¿Acaso yo, en mi calidad de testigo, tengo obligación de saber que *A* no es *B*, como dice? ¿Seré castigado por no haber conocido una superchería cuya realización no estoy obligado á impedir con mi vigilancia?

Hemos dicho que el artículo 27, circunscrito á la protección del artículo 34, comprende menos de lo que debiera comprender. En efecto; á la injusticia de denegar la protección á los que la merecen, añade dicho artículo la de concederla á los indignos de ella. Ejemplo: *A* instituye heredero á *B* preteriendo un hijo *C*. *B* inscribe su título de heredero y, pasados cinco años, vende la finca á *M*, madre de *C* y

Digitized by Google

viuda de *A*. Es evidente que *M* debería ser protegida apoyándose en el artículo 27, puesto que no ha sido parte en el acto tergiversado en el Registro, puesto que no ha intervenido en el testamento, que á pesar de ser nulo por la preterición, en aquella oficina aparece inscrito como válido.

No queremos hablar de la falta en que, á nuestro entender, ha incurrido el artículo 27, no fijándose en que algunas personas que resultan haber intervenido en el acto ó contrato por ser para ellos de poco ó ningún interés lo que allí presencian, se olvidarán bien pronto de lo que presenciaron y hasta de su misma intervención (en el acto ó contrato) y que, por tanto, la incapacidad de ser protegido en estas personas debía ser, no perpetua, sino por un tiempo proporcionado al que suelen durar los recuerdos de lo que presenciamos sin interés verdadero.

Si se nos preguntase ahora de dónde provienen los defectos que acabamos de encontrar en el artículo objeto de nuestro estudio, diríamos que, ante todo, de no haberse proclamado francamente las dos ideas que, según antes decíamos, se hallaban, á nuestro entender, en la mente de los redactores de la Ley Hipotecaria; de no haberse preceptuado que impediría la protección el conocimiento que se tuviere de la causa invalidadora del derecho que se pide sea protegido, aunque dicha causa no constara inscrita, con tal que el conocimiento de ella, por parte del aspirante á protegido, resultase de un documento fehaciente; y que en el terreno hipotecario, lo mismo que en el de la legislación civil, á nadie había de serle lícito ignorar el Derecho ni omitir aquellas investigaciones propias del caso.

Digitized by Google

Con estos dos preceptos que la equidad reclamaba, habríamos tenido dos clases de mala fe del aspirante á protegido: la como á adquirente y la como á particular; clases de mala fe que hemos explicado en nuestro citado estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario*. Entonces, dejándose de la palabra tercero, que por ambigua no hace al caso, debía tomarse otro camino para deslindar cuando debe y cuando no impedir la protección el conocimiento que de la causa invalidadora tuviere el aspirante á protegido. Creemos que para obtener este deslinde habría sido mejor sentar que en el derecho sacrificado entran dos factores: la voluntad reguladora que lo establece y el hecho ó hechos de que esta voluntad lo hace depender.

Luego teniendo en cuenta que si á las veces en el documento en que interviene el aspirante á protegido, se consignan ambos factores, ó lo que es igual, se consigna el derecho que de ellos resulta, en otros casos, sin embargo, se consigna en el documento sólo la voluntad reguladora ó no más que el hecho, no debía olvidarse que en los últimos casos no basta para privarme de la protección el que yo sepa la voluntad reguladora si estoy en ignorancia ó error excusable acerca de la realización del hecho de que la voluntad reguladora hacía depender el derecho, y que tampoco basta para impedirme ser protegido en dichos casos, el saber que se ha realizado un hecho, si estoy en ignorancia ó error excusable de la voluntad reguladora que hacía depender el derecho de aquel hecho por mí sabido.

Es verdad que puesta la Ley Hipotecaria en camino semejante, necesitaba, para resolver el proble-

Digitized by Google

ma de la ignorancia excusable de la causa invalidadora del derecho que se pide sea protegido, reglas algo más complejas que la anunciada tan sencillamente en el artículo 27; pero también lo es que con estas reglas habría dicha ley dado un paso más hacia el terreno á que parece encaminarse de la harmonía entre la equidad y las necesidades del crédito territorial.

Digitized by Google

La prescripción hipotecaria

Tocante á la prescripción, en el Derecho inmobiliario que nos rige encontramos las siguientes disposiciones: 1.ª Que la prescripción no empieza á correr en cuanto á tercero sino desde que se inscribe la posesión (artículo 35 de la Ley Hipotecaria). 2.ª Que en la prescripción pueden tenerse en cuenta interrupciones que no constan en el Registro (Resolución de 16 de Marzo de 1888). 3.ª Que la inscripción, por tanto, no termina hasta que se halle inscrito el fallo ó sentencia del tribunal que la declara (la citada Resolución).

Desde luego la primera de dichas disposiciones, dada la ambigüedad que en la misma Ley Hipotecaria tiene la palabra *tercero* (véase nuestro estudio sobre el artículo 27), puede ser interpretada en el sentido de que aun respecto del tercero que dejó de inscribir no empezará á correr la prescripción sino desde el momento en que la posesión fué inscrita. Si esta interpretación prevaleciese tendríamos que decir que dicha ley trata mejor á los que desprecian su

Digitized by Google

protección que á los que buscan su amparo, puesto que entonces, contra el tercero que no ha inscrito su derecho, el poseedor, no inscribiendo, podría, según la ley civil, alegar todo el tiempo de la posesión, é inscribiendo, en virtud del citado artículo 35, no podría alegar más tiempo que el transcurrido desde la inscripción. Es decir, que el artículo 35, en tal supuesto, iría, no sólo más allá del objeto de la ley protegiendo al que no inscribió, sino hasta contra dicho objeto castigando al poseedor por el mero hecho de haber inscrito. No insistimos sobre este punto porque el artículo 1949 del Código Civil dice bien claramente, á nuestro entender, que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria se refiere únicamente al caso en que está inscrito el título de aquel á quien ha de perjudicar la prescripción.

La segunda de las indicadas disposiciones, la de poderse tener en cuenta interrupciones no inscritas, es inadmisible, á nuestro juicio, dentro de los buenos principios. ¿Estamos ó no en el terreno del Derecho inmobiliario? Si estamos, no debe tenerse en cuenta lo que en el Registro no aparece. Las interrupciones, para que pudieran apreciarlas los tribunales, deberían hallarse inscritas; declarar lo contrario es ir contra el principio fundamental de la Ley Hipotecaria, contra el precepto del artículo 23 de que lo no inscrito no perjudica á tercero.

La tercera de las indicadas disposiciones no es más que una consecuencia de la segunda; pero las dos así combinadas ofrecen un inconveniente gravísimo. Sabida es la doctrina del derecho común de que cuando se confiesa ó reconoce una deuda ya prescrita, la confesión ó reconocimiento debe enten-

Digitized by Google

derse sin perjuicio de los otros acreedores del deudor confesante.

Pues bien; he aquí lo que en contra de semejante doctrina puede ocurrir entre nosotros en el terreno del Derecho inmobiliario. El deudor de una cantidad asegurada con hipoteca satisface al acreedor dicha cantidad, pero no cuida de obtener la correspondiente carta de pago en que la hipoteca sea cancelada. Cuando han transcurrido ya más de cuarenta años desde que habría venecido el plazo de aquella deuda, en la persuasión de que dicho pago se efectuó, y teniendo en cuenta, sobre todo, que ha transcurrido el tiempo de la prescripción, otras personas contratan sobre la misma finca, ya comprándola, ya adquiriendo en ella un derecho real cualquiera. Sin embargo, después el que había sido acreedor de aquella cantidad satisfecha cede ó traspasa á título oneroso su crédito hipotecario á otro, con intervención del ex deudor, que reconoce la deuda. Como según los artículos 77 y 156 de la Ley Hipotecaria, el primero refiriéndose á toda clase de inscripciones y el segundo concretándose á las de hipoteca, los derechos inscritos subsisten para el tercero mientras no aparezcan cancelados, la indicada cesión de crédito se inscribe y á los acreedores intermedios, esto es, á los que inscribieron después de haberse inscrito la hipoteca en cuestión ya los tenemos perjudicados por un derecho que se hallaba prescrito al tiempo de adquirir ellos el suyo.

No desconocemos que el tercero á quien hemos llamado acreedor intermedio, al ver que había una hipoteca prescrita, podía exigir, antes de entregar su

Digitized by Google

dinero, que aquella hipoteca fuese cancelada. Pero ¿no podría este acreedor ó tercero decir hasta cierto punto que se le había engañado, declarándose en el artículo 134 «la acción hipotecaria prescribirá á los veinte años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito»? ¿No tendría alguna razón este tercero si dijera que para no inducirle á error debía el artículo dicho estar redactado en términos más propios como, por ejemplo, diciendo «la acción hipotecaria podrá declararse prescrita por los tribunales á los veinte años», etc.?

La Dirección, en la Resolución citada, nos dice que la inscripción posesoria no puede convertirse en dominical sin inscribirse el fallo de los tribunales por que han de poderse tener en cuenta las interrupciones de la prescripción. Pero preguntamos nosotros: ¿Y por qué se han de tener en cuenta las interrupciones de la prescripción? ¿Acaso éstas no son hechos que pueden inscribirse? Y si no se inscriben, ¿por qué se las ha de atender?

Creemos que la Dirección no expresó todo su pensamiento al dar la razón antedicha. Nosotros, entre las reclamaciones que pueden hacerse contra la posesión inscrita, las hallamos de dos clases: unas, que consisten en alegar que la posesión fué interrumpida; otras, que consisten en aducir que la posesión jamás existió, que se ha falsificado el título en que la posesión aparece justificada, ó que fueron falsas las declaraciones en aquel título contenidas.

Cuando la posesión inscrita ha sido interrumpida, el dueño no necesita ni merece tanto el ser protegido. Habiendo estado la cosa realmente en poder de otro, venía obligado el dueño, en cierta

Digitized by Google

manera, á mirar si aquel sujeto, mientras poseyó, había inscrito en el Registro la posesión, para entablar en la afirmativa las reclamaciones oportunas, á fin de que la inscripción posesoria fuese cancelada.

En el caso de haberse inscrito falsamente la posesión, sí que el dueño puede encontrarse bien ajeno á lo que sucede, creyendo que nada tiene que temer.

La Dirección general se fijaría en este dueño último; consideraría cuán injusto es que se vea despojado de su propiedad el que, además de haber llenado la formalidad de la inscripción, no ha sido advertido ni puede tener la más leve sospecha de que se atente á su derecho inscrito; consideraría que esta injusticia echaba por tierra todo el edificio hipotecario, y, no hallando, dentro del sistema que se sigue de inscribir la posesión en registro particular distinto de aquel en que constan los derechos que la prescripción ha de extinguir, otra manera de evitar tamaña injusticia, acudiría, con tal objeto, al medio de declarar que la inscripción posesoria, para transformarse, en cuanto á tercero, en inscripción de dominio, necesitaba que fuese inscrito el fallo del tribunal en que la prescripción se reconoce.

Es verdad que así venía á convertirse en una formalidad inútil la inscripción posesoria, conforme luego veremos; pero téngase en cuenta que la Dirección, aunque hubiese conocido el remedio más indicado para el mal que ella trataba de evitar, no habría podido emplearlo sin arrogarse atribuciones del poder legislativo, porque el remedio de semejante mal estaba en inscribir la posesión en el mismo registro particular en que constan inscritos la

Digitized by Google

finca ó derechos que por la prescripción se han de extinguir. Dentro de la legalidad vigente, la Dirección no podía hacer más. No deben hacérsele cargos, por tanto, si para evitar un mal mayor incurrió en una especie de contradicción dando fuerza contra el tercero á las alegaciones no inscritas de ser falsa ó de haber sido interrumpida la posesión inscrita.

Tal vez se le ocurrirá á alguien que podía aquí la Dirección establecer igual procedimiento que se sigue tratándose de las obligaciones sujetas á condición suspensiva. La argumentación de los tales sería la siguiente: El caso de prescripción es idéntico al en que se inscribe un derecho sujeto á condición suspensiva. Tratándose de la condición suspensiva, si el interesado prueba haberse verificado la condición, obtendrá que la inscripción condicional á su favor practicada se convierta en definitiva ó absoluta. Pues lo mismo podía establecerse para el caso de estar inscrita la posesión: con el transcurso del tiempo que la ley exige para la prescripción á solicitud del interesado debía poderse transformar en inscripción de dominio la posesoria. *Ubi eadun est ratio eadem oportet esse juris dispositio.*

A los que tal dijeren les recordaríamos que tratándose de las condiciones suspensivas, para obtener que la inscripción condicional se convierta en definitiva ó absoluta, habrá de acreditarse que el hecho en que la condición consiste se ha realizado, y que cuando esta justificación se hace por medio de expediente *ad perpetuam memoriam* declarará el juez que la información aprobada se entienda sin perjuicio de tercero. Esta declaración del juez significa que en tal caso no se ha hecho más que añadir

Digitized by Google

un nuevo trámite, que sirve sólo para que se equivoque ó engañe al tercero que de buena fe cree que con la instrucción del expediente se han cerrado las puertas á toda reclamación.

¿Se habría querido para la prescripción una coletilla semejante, esto es, que lo de transformarse la inscripción posesoria en dominical se entendiese sin perjuicio del dueño cuando éste no hubiese intervenido en la transformación? Pues nosotros preferimos que se exija la sentencia del tribunal: es preferible á que se prometa una protección con salvedades que la hacen ilusoria.

Si examinamos ahora en conjunto las disposiciones de nuestro Derecho inmobiliario referentes á la prescripción y á la posesión que debe producirla, parece que se tuvo en cuenta tan sólo la adquisición por prescripción de *derechos reales* limitativos del dominio.

Si no existiera más que esta clase de prescripción, nuestras objeciones á la doctrina hipotecaria que nos ocupa se limitarían á lo que llevamos expuesto ya, es decir, á lo de haberse permitido que se pudieran tener en cuenta hechos que no constan en el Registro cuando se trata de decidir si la prescripción ha existido; permisión que, según hemos visto, motivó por parte del Centro Directivo la declaración de que no se entienda transformada la inscripción posesoria en dominical sin que aparezca inscrito el fallo de los tribunales.

Pero al lado de la prescripción extintiva encontramos la de dominio, y respecto de esta última clase de prescripción incurrió nuestra ley hipotecaria en el defecto inconcebible de no haber estable-

Digitized by Google

cido que la posesión de una finca había de inscribirse en el registro particular de aquella á que afecta, so pena de no extinguir, cuando se transformare en dominio, los derechos reales y el dominio inscritos que por ella deberían ser extinguidos.

Habiéndose omitido dicho precepto en nuestra Ley Hipotecaria vigente, puede ahora suceder que un sujeto tenga inscrito el dominio de una finca y que otra persona tenga inscrita en registro particular diferente la posesión de la misma finca. Si desde esta última inscripción ha transcurrido ya el tiempo necesario para prescribir, tendremos un conflicto hipotecario proveniente de la doble inscripción; conflicto difícil de resolver, porque si se falla contra el dueño que siempre ha figurado como tal en el Registro se abre la puerta á los despojos injustos llevados á cabo en perjuicio de quien ha llenado todos los requisitos y tomado todas las precauciones para poder estar seguro de su derecho, y si se resuelve en sentido contrario se engaña en cierta manera al tercero que, confiando en la protección que la Ley Hipotecaria parece dispensarle al decir que la prescripción corre desde que la posesión se inscribe, compra con buena fe una finca cuya posesión aparece inscrita á favor del que se la transmite desde muchísimo más tiempo del necesario para prescribir.

Es probable que se repita aquí que quien compra una finca al que según el Registro es sólo posesor, debía cuidar de que la inscripción posesoria se transformase en dominical por medio de la inscripción del correspondiente fallo de los tribunales. Pero entonces preguntamos: ¿De qué sirve inscribir la posesión si después de transcurridos cuarenta ó cin-

Digitized by Google

cuenta años de haberse la misma inscrito y habiendo pasado al poder de un tercero no puede estarse seguro de la adquisición de la finca? ¿No valía más decir que en el Registro no se admitía la inscripción posesoria; que sólo se admitiría la inscripción del dominio adquirido por prescripción cuando se presentase el correspondiente fallo del tribunal que declarase que la prescripción había tenido lugar?

Por otra parte, ni aun inscribiéndose el fallo del tribunal en que se declare que la finca la ha adquirido por prescripción quien tiene inscrito el expediente posesorio se puede evitar en todos los casos que se presente el conflicto de una doble inscripción. Ejemplo: *A*, teniendo inscrito el dominio de una finca, la transmite á *B*, que no inscribe; éste después vende la finca á *C*; tampoco *C* inscribe, y vende, sin documento alguno, la finca á *D*. Éste instruye é inscribe un expediente posesorio, y cuando ha transcurrido el tiempo necesario procura obtener del tribunal un fallo en que la prescripción sea declarada. Si *C*, en la oposición que haga, se limita á alegar que él adquirió la finca de *B* sin decir que *B* la había adquirido de *A* y que *A* tenía inscrito el dominio, ¿habrá manera de que el juez en el fallo ordene cancelar la inscripción de dominio que aparece en el Registro á favor de *A*? ¿No existirán entonces dos inscripciones del dominio de una misma finca á favor de personas de diferentes? Si *A* ó sus herederos vendiesen la finca á un adquirente de buena fe, ¿cómo se resolvería el conflicto entonces? Véase el capítulo XI de nuestra obra *La Protección del Derecho Inmobiliario*.

Claro es que la inscripción posesoria en el regis-

Digitized by Google

tro particular de la finca en que constan inscritos los derechos que la posesión al convertirse en dominio habrá de extinguir, no puede hacerse de cualquier manera. Exige esto algunas formalidades que vamos á indicar, y con ello entramos en la exposición de la doctrina que, á nuestro juicio, debiera haber establecido la Ley Hipotecaria acerca de la prescripción.

Lo primero que debía haberse hecho era establecer que la prescripción no podía extinguir derechos inscritos si la posesión en que se funda no está inscrita en el mismo registro particular en que constan aquellos derechos. La Ley Hipotecaria, en el caso de quererse inscribir un expediente posesorio, si hay otras personas que tienen dominio ó algún otro derecho real sobre la misma finca, sin distinguir si en el expediente se contradicen ó no aquellos derechos, exige que los que los tienen á su favor hayan de intervenir en el expediente. No sabemos ver la razón de esto.

Si el expediente no contradice los otros derechos, la intervención de los tenedores de éstos en el expediente viene á reducirse á la deposición de un testigo más, y de un testigo que tal vez no tendrá las condiciones de veracidad que exige la ley en los que han de declarar como tales. Si el expediente contradice aquellos derechos, entonces, ordenando la intervención de los que tienen constituídos los derechos á favor suyo, se quiere que se inscriba, no ya una simple posesión, sino el reconocimiento del derecho cuya posesión se trata de acreditar por medio del expediente. En un caso los intervenientes vienen á ser testigos superfluos y tal vez no idóneos; en el

Digitized by Google

otro, dichos intervenientes enajenan derechos ante un funcionario distinto del llamado á autenticar tales actos.

Nosotros, adoptando el principio que sentábamos de que la posesión debe inscribirse en el mismo registro particular en que está inscrito el dominio de la finca á que la posesión se refiere, iríamos más allá: teniendo en cuenta que al dueño de una finca ó derecho real que ha inscrito su título de dominio le queda siempre el tiempo de la prescripción para oponerse á la posesión que, contradiciendo su derecho en todo ó en parte, se hubiere inscrito; permitiríamos que se inscribiese la posesión del dominio ó de cualquier derecho real, aunque contradijeren dominio ó derechos inscritos sin intervención de los propietarios del dominio ó de los derechos contradichos.

Sentado ya que la prescripción no perjudica los derechos inscritos sino cuando la posesión que la produce se inscribe en el mismo registro particular de aquellos derechos, podía sentarse como segundo principio que la prescripción hipotecaria no empieza á correr sino desde el día que se inscribe la posesión. Tal vez no sería necesario decir prescripción hipotecaria, porque ya debe entenderse que todas las disposiciones de la Ley Hipotecaria son de esta naturaleza. Conste, no obstante, que, expresándolo ó no, habría de dejarse que rigiera la legislación civil cuando en el conflicto no se tratase de un derecho inscrito que hubiere de ser extinguido por la prescripción.

Luego, como tercer principio, podía haberse dicho que las reclamaciones, ya fuesen de interrup-

Digitized by Google

ción, ya de falsedad contra la posesión inscrita, no apareciendo en el Registro, no perjudicarían á tercero, no podrían invocarse más que contra el mismo que inscribió el expediente posesorio y sus derecho habientes á título lucrativo. Con esto no se habría hecho otra cosa que aplicar á la posesión lo dispuesto para las inscripciones de dominio en el artículo 34.

Y después, como cuarto y último principio, podría establecerse que por el sólo transcurso del plazo señalado para la prescripción, no constando en el Registro oposición de ninguna clase á la posesión inscrita, quedase ésta transformada *ipso facto* en dominio en cuanto á tercero.

Como se ve, las reformas que quisiéramos ver en la Ley Hipotecaria referentes á la prescripción se encaminan, por una parte, á que la inscripción posesoria, en vez de ser una formalidad inútil, se convierta en el anuncio de que será inscripción de dominio cuando haya transcurrido, á partir de su fecha, el tiempo de la prescripción, y, por otra parte, á evitar las tramitaciones y gastos inútiles que hoy se exigen para dejar sentado que la prescripción ha tenido lugar.

Una advertencia nos falta hacer. Nuestro deseo de que en la Ley Hipotecaria vigente apareciesen las disposiciones que acabamos de exponer ha de considerarse relativo, es decir, ha de mirarse partiendo del principio de que dentro del sistema adoptado por dicha ley no cabe ir más allá; porque nuestro ideal en este punto es otro bien distinto.

En efecto, según hemos manifestado en la obra titulada *La Protección del Derecho Inmobiliario,* nosotros quisiéramos que, no exigiéndose para inscribir

Digitized by Google

un título en el Registro de la Propiedad la inscripción previa del título del causante (véase el capítulo XIX de dicha obra), viniesen á ser inútiles los expedientes posesorios; y quisiéramos también que fuesen más cortos los plazos para la prescripción. Los términos de diez, veinte y treinta años que para prescribir establece el derecho común habrían de desaparecer en el terreno hipotecario. En este terreno, si se exige que cada cual de los interesados ponga de su parte todo lo posible para evitar el conflicto, nunca habrá de pasar de cinco años el término de la prescripción, y en ciertos casos bastarán plazos muchísimo más cortos todavía (véanse los capítulos referentes á la negligencia del sacrificado en dicha obra *La Protección del Derecho Inmobiliario)*.

Digitized by Google

Digitized by Google

Rescisión de las enajenaciones en fraude de los acreedores

La Ley Hipotecaria que nos rige, creyendo perfeccionar lo que el antiguo Derecho español, inspirándose en el romano, había establecido tocante á la rescisión de las enajenaciones en fraude de acreedores, ordena que dicha rescisión tenga lugar: en perjuicio del cómplice en el fraude; en perjuicio de los adquirentes á título lucrativo, entendiendo por tales, todos aquellos cuyo título sea oneroso si la entrega del precio no consta hecha ante Notario; y en perjuicio de los que hubiesen adquirido la finca enajenada fraudulentamente por la mitad ó menos de la mitad del justo precio.

Desde luego estas disposiciones de la Ley Hipotecaria se nos presentan como excesivamente protectoras de los acreedores perjudicados con las enajenaciones fraudulentas. *A*, cargado de deudas, á cuyo pago ha sido condenado por los tribunales, vende una finca á *B;* éste, por exceso de buena fe, ó por el motivo que fuere, entrega el precio de la venta antes de firmarse la escritura; luego van *A* y *B* á casa del

Digitized by Google

Notario, quien, escrupuloso en el cumplimiento de sus deberes, hace constar que el precio ha sido entregado antes. ¿Es justo en tal caso que *B*, que realmente ha entregado el precio, corra el peligro de ver disputado su derecho?

Otro caso: el mismo *A* del ejemplo anterior hace donación de una finca á favor de su hijo *B;* éste, necesitado de dinero, enajena aquella finca á *C* por la mitad ó menos de la mitad del justo precio. ¿Por qué razón, no admitiéndose, como ya generalmente no se admite, la rescisión de las ventas por lesión, ha de consentirse aquí que *C* pueda ser despojado de la finca que *B* le ha vendido?

Las disposiciones ó preceptos hipotecarios aplicables á los ejemplos que acabamos de exponer, no nos parecerían buenos ni aun en un Código Civil.

Respecto de la primera de dichas disposiciones, todo lo más que buenamente podría ordenarse en un Código Civil sería lo que ya el derecho antiguo preceptuaba; esto es, que el acreedor perjudicado pudiese probar que la entrega del precio no se efectuó.

En cuanto á la segunda de las repetidas disposiciones, dadas las corrientes contrarias á la rescisión de las ventas por lesión, creemos que es un anacronismo haberla consignado ahora al tratarse de las enajenaciones en fraude de los acreedores.

Y si en un Código Civil no habían de ser buenas tales disposiciones, ¿qué sucederá colocándolas en el terreno hipotecario? ¿No hay para asombrarse cuando se ve que una disposición tan extraordinaria, como lo es suponer la mala fe sin indicio alguno

Digitized by Google

(que á esto equivale declarar que se tendrá por título lucrativo el oneroso si la entrega del precio no consta hecha en presencia del Notario), no asombra ver, decimos, que disposición tan extraordinaria la establezca la Ley Hipotecaria que nos rige á favor de los que han desdeñado su protección, á favor de los que han menospreciado robustecer su derecho con el crédito territorial? ¿Y en beneficio de tales sujetos es inconsecuente consigo misma dicha ley, admitiendo aquí la rescisión de las enajenaciones por lesión enorme, cuando en la generalidad de los casos no concede á la lesión efecto hipotecario alguno?

Pero hay más aún: la Ley Hipotecaria no debía, á nuestro juicio, consignar disposición alguna referente al asunto que nos ocupa.

Los acreedores, en beneficio de los cuales dicha ley deniega la protección en las adquisiciones de inmuebles y derechos reales, han de ser forzosamente ó acreedores personales ó acreedores reales. Si son acreedores reales, la equidad queda en buen terreno, á nuestro entender, con los requisitos que el Derecho inmobiliario exige para conceder contra ellos la protección (véase nuestro tratado *La Protección del Derecho Inmobiliario)*. Si son acreedores personales no debe tenerlos en cuenta la legislación inmobiliaria, que se limita á resolver los conflictos en que dos ó más personas se disputan el dominio ó alguno de los llamados derechos reales sobre inmuebles.

Somos partidarios de que se respete la equidad; pruebas de ello tenemos dadas en la obra que acabamos de mencionar; pero no creemos que por motivos de equidad esté obligada la legislación inmobiliaria á salirse de su esfera de acción.

Digitized by Google

Si todavía la Ley Hipotecaria deseaba tender una mano protectora á los acreedores que descuidaran ponerse bajo su amparo, debía seguir otro camino. Hoy tenemos el embargo preventivo, para el cual se exigen condiciones que no siempre se presentan; para obtener este embargo, se han de practicar gestiones que, por lo dilatorias, darán lugar muchas veces á que el deudor, simulando una venta ó un préstamo, se presente en insolvencia completa. Pues podía haberse establecido un embargo que pudiera hacerlo el acreedor por sí solo. He aquí ¡cómo: el que tuviese un derecho personal (y también el que tuviere un derecho real no inscrito) podrían trabar embargo sobre cualquier finca del deudor, ponerle una especie de interdicto en la facultad de enajenar y gravar. Para ello sólo habría de exigírsele al embargante que en la misma escritura en que solicitase el embargo, constituyera hipóteca sobre una finca suya para garantir una cantidad que fuese suficiente á indemnizar al embargado de los daños y perjuicios en caso de haber obrado sin razón. Claro que el que no tuviese fincas podría valerse de este medio si otro que las tenía se prestaba á constituir la hipoteca. Claro también que la suficiencia de la finca para responder de la cantidad que la ley prescribiese asegurar como indemnización de daños y perjuicios, se habría de acreditar por medio del correspondiente certificado del amillaramiento.

Resumiendo, en el problema que nos ocupa debía, á nuestro juicio, establecerse solamente que serían responsables del perjuicio ocasionado á los acreedores, el cómplice en el fraude y el adquirente á título lucrativo. Ir más allá, como lo hace la Ley

Digitized by Google

Hipotecaria, es poner al adquirente en peligro de experimentar un daño, una disminución en sus propios bienes, por una falta que él no ha cometido y que tampoco conocía ni tuvo obligación de conocer.

Cuando en la materia que nos ocupa la Ley Hipotecaria no considera tercero al que ha adquirido la finca por la mitad ó menos de la mitad del justo precio ni al adquirente á título oneroso que no tuvo la precaución de hacer constar la entrega del precio ante el Notario, no es por estas circunstancias por lo que se niega al adquirente el carácter de tercero, sino porque ha mediado fraude. Ahora bien: lo mismo en el terreno hipotecario que en el de la legislación civil, si puede la equidad hacernos declarar nulo un título lucrativo aunque no medie culpa ni negligencia del dueño de este título, por el sabido principio de que antes se ha de atender al que trata de evitar un daño que al que se propone obtener un lucro (véase el dicho tratado nuestro *La Protección del Derecho Inmobiliario)* no puede ya decirse lo mismo cuando perteneciese á la clase de los onerosos el título que se habría de declarar nulo; en tal caso es menester que el dueño de este título, ó carezca de buena fe ó haya sido negligente cuando menos. ¿Y se atrevería nadie á tachar de negligentes á nuestros compradores *B* y *C* de los ejemplos anteriormente puestos, por no haberse ido á enterar en todos los juzgados del mundo de si *A* había sido ó no condenado al pago de deudas?

No se olvide además que semejante medida de la responsabilidad del cómplice en el fraude y del adquirente á título lucrativo, debiera constar en el Código Civil: la Ley Hipotecaria, proclamándola ó adoptán-

Digitized by Google

dola, se sale de su esfera de acción además de ponerse en contradicción consigo misma, conforme antes decíamos.

Por último, debe tenerse en cuenta que, con la medida tan sencilla por nosotros propuesta, la protección otorgada á los acreedores sería más eficaz que con lo que hoy dispone la Ley Hipotecaria, porque á tenor de estas disposiciones, si el cómplice en el fraude ó adquirente á título lucrativo enajenan la finca á un tercero, ya ni éste ni aquél responden á los acreedores de los perjuicios que se les han ocasionado; mientras que diciéndose en el Código Civil que el cómplice y el adquirente á título lucrativo son responsables de los perjuicios del fraude hasta donde alcance su adquisición, la responsabilidad en ellos no desaparece desprendiéndose de la finca.

Digitized by Google

Advertencias relativas á la rescisión y resolución de las ventas por falta de pago del precio.

El ilustre maestro de los notarios catalanes, que acaba de bajar al sepulcro, D. Félix María Falguera (1), en una memorable sesión que celebró la Academia del Notariado Catalán en 1873, con aquella claridad y precisión que eran en él características, expuso ante sus compañeros la doctrina del derecho romano en cuanto á la rescisión de las ventas por falta de pago del precio.

Decía allí el Sr. Falguera que en una escritura pública de venta, respecto del pago, pueden distinguirse cuatro casos: 1.° Que se exprese haberse pagado antes de la firma de la escritura. 2.° Que se diga pagarse en el acto en presencia del Notario y testigos. 3.° Que se fije el precio no más, sin expresar que haya sido satisfecho ó aplazado. 4.° y último. Que se haga constar el aplazamiento.

En el primer caso, si el vendedor, dentro de los

(1) Escribíamos este estudio en Septiembre de 1897.

Digitized by Google

treinta días, opone la excepción *non numerata pecunia,* debe el comprador probar que ha entregado el precio, y, faltando esta prueba, la venta se rescinde. Si el vendedor deja transcurrir los treinta días sin oponer dicha excepción ó no la puede oponer por haberla renunciado, también durante el tiempo ordinario de la prescripción podrá rescindirse la venta; pero entonces será preciso que el vendedor pruebe como el precio no ha sido entregado.

En el caso segundo, no hay lugar á la rescisión, porque no se puede ir contra la aseveración del Notario y de los testigos declarando haberse entregado el precio en su presencia.

En el tercer caso, mientras el comprador no pruebe haberse entregado el precio, la venta podrá rescindirse si no ha transcurrido el tiempo de la prescripción ordinaria.

Por último, en el caso cuarto la venta es inatacable; el aplazamiento equivale al pago, y el vendedor sólo tiene acción personal para exigir que se le pague el precio.

Si pasamos ahora á examinar lo que en el terreno del Derecho inmobiliario, después de publicada la Ley Hipotecaria vigente, ha quedado de esta doctrina del Derecho romano referente á la rescisión de las ventas por falta de pago del precio, encontraremos, desde luego, que los redactores de aquella ley se fijaron tan sólo en los casos segundo y cuarto, prescindiendo de los otros dos.

En efecto, el artículo 11 de dicha ley dice que en los contratos translativos del dominio de los inmuebles se hará constar si el precio ha sido satisfecho al contado ó si ha sido aplazado. Dado este artículo,

Digitized by Google

ya no puede presentarse el caso tercero, ó sea aquel en que nada se dice del pago ni del aplazamiento del precio, porque, debiendo el Registrador hacer constar en la inscripción una de dichas dos cosas, cuando no halle en la escritura los datos para cumplir este requisito de la inscripción se negará á inscribir.

En cuanto al caso primero, en que se confiesa haber sido entregado el precio antes de la firma de la escritura, nótese que podría, en rigor, rechazarse la escritura del Registro, diciendo que en ella no consta ninguno de los dos únicos extremos que exige el artículo 11, ya que no es lo mismo haberse pagado el precio con anticipación que al contado. Sin embargo, prescindamos de esto, como en la práctica también se prescinde; supongamos que es inscribible la escritura. ¿Qué hará en tal caso el Registrador? ¿Estará obligado á consignar en la inscripción que el precio se dice haberlo entregado antes de la firma de la venta? Esto no lo exige la ley; luego el Registrador, si inscribe, cumplirá haciendo constar simplemente que el precio está satisfecho. Pero si en la inscripción se dice sencillamente que el precio está satisfecho, ya cabe decir que no consta en el Registro *explícitamente* la causa que puede originar la rescisión, ó sea que el precio ha sido pagado antes de la firma de la escritura, y no constando explícitamente esta circunstancia, con arreglo al artículo 37, no podrá la venta rescindirse con perjuicio de tercero. Esto se entiende sin perjuicio de lo que después veremos. Aquí hablamos como si las condiciones resolutorias tácitas (véase más abajo) pudieran afectar al tercero.

Si el citado artículo 11 hubiese tomado otro ca-

Digitized by Google

mino, si hubiese dicho: en la inscripción de los contratos translativos del dominio de los inmuebles se hará constar lo que en la escritura resulte respecto del pago ó aplazamiento del precio, entonces ya la cuestión cambiaría de aspecto. Entonces ya podría presentarse el caso tercero; en tal supuesto, lo mismo en este caso tercero que en el primero, cabría decir que consta explícitamente en el Registro la circunstancia rescisoria.

En cuanto al caso segundo, ó sea cuando se entrega el precio ante el Notario y testigos, nada ha innovado la Ley Hipotecaria; en ello está conteste todo el mundo.

No sucede ya lo mismo respecto del caso cuarto, en que el pago del precio se ha aplazado. Tratándose de este caso, opinaron algunos que la Ley Hipotecaria había dado fuerza rescisoria en cuanto á tercero á la falta de pago del precio, fundándose en que el artículo 38 en su causa tercera dice que no se rescindirá la venta por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago.

Dos cosas, á nuestro entender, hay que mirar en esta causa tercera del citado artículo 38: 1.ª Si á juicio de los redactores de dicha causa el no pagarse el precio cuando está aplazado era motivo de rescisión según el Derecho común. 2.ª Si estuvo en la mente de aquellos legisladores que para conservar dicha causa su fuerza rescisoria, en el terreno del Derecho inmobiliario, bastaría simplemente que constase en el Registro el aplazamiento del pago.

No cabe duda, á nuestro juicio, que los redactores de la Ley Hipotecaria consideraban como causa

Digitized by Google

rescisoria por Derecho común la falta de pago del precio aplazado. Serían seguramente de los que equiparaban la falta de pago del precio aplazado al incumplimiento de una condición estipulada en el contrato y que, por lo mismo, fundándose en Ley 58, título 5.°, partida 5.ª, atribuían á la falta de pago del precio aplazado el efecto de rescindir la venta. Si no hiciéramos esta suposición, ¿de qué manera podría explicarse que pusieran como excepción de la regla general lo que en ésta no podía hallarse comprendido en manera alguna? La regla general se refiere á acciones rescisorias de lo que se llama un derecho real. ¿Cómo explicar que los redactores de la ley hubiesen dicho: en esta regla general que trata de derechos reales no vendrá comprendido el derecho del que vendió á plazo, que es un derecho personal?

Por otra parte, acaba de confirmar esta creencia ver que no eran sólo los redactores de la Ley Hipotecaria los que consideraban como causa rescisoria por el Derecho común la falta de pago del precio aplazado. También el Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de Enero de 1874, da el nombre de circunstancia rescisoria al simple aplazamiento del precio. ¿Emplearía este nombre el Supremo si no juzgase que por Derecho común ó civil podía dar lugar á la rescisión de la venta la falta de pago del precio aplazado?

En cuanto á la segunda de las cosas que decíamos deben mirarse en la causa tercera del artículo 38, es ya más difícil resolver. Para el que lea exento de prevención el artículo 38 y la misma exposición de motivos de aquella ley, no hay duda

Digitized by Google

que sus redactores se propusieron conceder la rescisión contra tercero constando en el Registro el simple aplazamiento del pago. No obstante, en contra de semejante interpretación se ha hecho observar que lo de establecer el artículo 38 la rescisión en cuanto á tercero se había de deducir por un argumento de los llamados á contrario *sensu* que nunca tiene tanta fuerza como los á *sensu pari*. Se ha dicho también que, habiendo la Ley Hipotecaria suprimido dos casos (los únicos por derecho romano) en que la falta de pago del precio, según la legislación civil, daba lugar á la rescisión de la venta, no era admisible que hubiese querido aquí introducir uno que en el Derecho común no existía.

De mayor fuerza que estas razones creemos que sería mostrar la inconsecuencia en que habría incurrido la Ley Hipotecaria obligando aquí al adquirente á saber que, según la interpretación que algunos dan á la citada ley de Partidas, no pagándose el precio aplazado, la venta puede rescindirse. ¿Por ventura obliga dicha ley al adquirente á saber que, mostrándose ingrato el donatario, podrá el donador revocar la donación? ¿Le obliga siquiera á saber que en el dominio directo viene involucrado el derecho de fadiga?

Al peso de estas razones que acabamos de exponer se debe, sin duda, el que, contra lo que resulta de la letra de la causa tercera del artículo 38, y casi podría decirse contra la intención de sus mismos redactores, dicha causa haya sido generalmente interpretada en el sentido de que no basta estar inscrita la circunstancia rescisoria, ó sea el simple aplazamiento del pago, sino que es preciso, además, que

Digitized by Google

conste inscrito el pacto en que las partes han estipulado que el contrato quedaría sin efecto si el precio no se pagaba.

Interpretada así la causa tercera del artículo 38, la acción real que nazca de la falta de pago del precio aplazado, ya no será rescisoria, sino resolutoria, porque, como explicaba en su clase de ampliación del Derecho civil el docto catedrático D. José María Planas y Casals, las acciones rescisorias y resolutorias, si dejan ambas sin efecto el acto jurídico, se diferencian, no obstante, en su origen: las primeras son tácitas, proceden de la ley; en tanto que las segundas proceden de las partes y son, por lo mismo, expresas. Y debe advertirse que lo mismo se habría podido decir de los casos primero y tercero que arriba examinábamos, en el supuesto de que el artículo 11, con otra redacción, hubiese exigido que constaren en el Registro el hecho de no haberse hablado en la escritura de venta del pago ni del aplazamiento del precio y el hecho de haberse pagado el precio antes de la firma de la escritura. Entonces habría constado *explícitamente* el hecho que podía originar la rescisión; pero esto no habría bastado: habría sido indispensable que las partes hubiesen pactado lo mismo que la ley establece, esto es, que, resultando no haber sido entregado el precio, la venta se rescindiría.

Como se ve, pues, en el terreno hipotecario no hay ninguna acción rescisoria por falta de pago del precio de las ventas. Toda condición de dicha clase, para afectar á tercero, habrán de estipularla expresamente las partes y cuidar de que este pacto se inscriba en el Registro de la Propiedad, es decir, habrá

Digitized by Google

de ser *resolutoria*. Y aquí tenemos explicado cómo debe entenderse el adverbio *explícitamente* del artículo 37. No basta que conste explícitamente la circunstancia que puede originar la rescisión; es menester que conste explícitamente el carácter rescisorio ó resolutorio, mejor dicho, que las partes han dado al hecho por medio de la estipulación expresa.

No entraremos aquí á examinar si la Ley Hipotecaria hizo bien ó mal rechazando en obsequio á su protegido las dichas causas rescisorias. Ya en otro estudio *(La Protección del Derecho Inmobiliario)* nos hemos ocupado en ello desde un punto de vista más general. Nuestro propósito de hoy es simplemente examinar si, dada la doctrina hipotecaria que acabamos de exponer, pueden considerarse acertadas las disposiciones relativas á la rescisión y resolución de las ventas por falta de pago de su precio que encontramos en la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro.

Desde luego nada encontramos en la Instrucción vigente respecto de la rescisión. En la Instrucción antigua había un artículo (el 23) ordenando que cuando en las escrituras de venta apareciese el precio confesado pusieran los Notarios la advertencia de que por tal confesión la finca quedaba libre de toda responsabilidad, aunque después se justificase no ser cierta la entrega en todo ó en parte.

¿Por qué en la Instrucción actual se omitió el precepto que ordenaba consignar dicha advertencia? A juicio del Sr. Falguera, porque la Instrucción sólo debe contener las advertencias que afectan al tercero; no las que se refieren á los mismos contrayentes.

Digitized by Google

No nos convence tal razón. A los mismos contrayentes se refiere, y, no obstante, está mandado que se ponga, la advertencia de los préstamos declarando que no podrá el acreedor reclamar con perjucio de tercero más réditos atrasados que los de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

Se nos dirá que el prestamista puede enajenar su crédito á un tercero, y que en tal caso es preciso que este tercero esté advertido de las facultades ó derechos que se le transmiten con la cesión del crédito hipotecario. Pues exactamente lo mismo puede suceder tratándose del precio que se ha confesado tener recibido antes de la firma. El que halla en la escritura de venta que el pago fué confesado y sabe que no se entregó realmente el precio, celebrará un contrato en la creencia de que le transmite el vendedor la facultad de pedir la rescisión de aquella venta, ó sea en la creencia de que adquiere un *derecho real*, que nosotros en otro estudio hemos calificado de condominio futuro.

La Ley Hipotecaria, tratándose de su protegido, del tercero, ha quitado esta causa de rescisión, este condominio futuro; como ha limitado el derecho real del acreedor para pedir intereses atrasados á las dos anualidades últimas y prorrata de la corriente. La Instrucción, si ha creído necesario advertirle al cesionario del crédito asegurado con hipoteca la limitación introducida por la ley referente á los intereses atrasados, debía también considerar indispensable advertir al cesionario del derecho de rescindir una venta por falta de pago del precio, que este derecho no podría ejercerlo contra el tercero.

Digitized by Google

Nosotros creemos que el precepto del artículo 23 de la Instrucción antigua se omitió en la Instrucción vigente porque no supo verse su verdadero objeto, que es el mismo de todas las demás advertencias allí prescritas.

En toda innovación de la Ley Hipotecaria cabe considerar dos clases de terceros: el que tiene interés en que la innovación se haga efectiva y el que sale perjudicado aplicándose la innovación. Así, en el caso del préstamo, el que adquiere la finca hipotecada sale favorecido con la innovación hipotecaria de que la finca sólo responde de dos anualidades de intereses y prorrata de la corriente; pero el que haya adquirido el crédito que la hipoteca asegura sale perjudicado con la innovación. Del mismo modo, en nuestro caso el que deriva su derecho del que fué comprador en la venta en que consta confesado el precio tiene interés en que se observe la innovación hipotecaria de que la venta no se rescinde por no ser cierta la entrega del precio; pero el que al vendedor de aquella venta le ha comprado el derecho de rescindirla tiene interés en que la innovación de la ley hipotecaria no se aplique.

Y preguntamos nosotros: ¿á la primera clase de terceros, á los que tienen interés en que se observe lo dispuesto en la legislación inmobiliaria, había necesidad de advertirles cosa alguna? Claro que no; sepan ó no la innovación, ésta les favorece. A quien hay necesidad de advertir es al tercero que tiene interés en que la innovación no se haga efectiva. Éste sale perjudicado llevándose á cabo la innovación, y para evitarle el perjuicio la Instrucción manda que se le advierta. Por consiguiente, la ad-

Digitized by Google

vertencia prescrita en el artículo 23 de la Instrucción antigua debía conservarse en su caso para evitar que el comprador de la acción rescisoria creyese, apoyándose en lo dispuesto en la legislación civil, que había adquirido un derecho real. El que no interesase esta advertencia á la otra clase de terceros no debía determinar su supresión, ya que no se había introducido para favorecerles á ellos.

Y es más chocante que en el proyecto de la Instrucción que nos rige, tal como estaba al discutirlo la Academia del Notariado Catalán en la mencionada sesión, se hubiese suprimido el artículo 23 de la Instrucción antigua cuando el propio proyecto conservaba de la antigua Instrucción la advertencia relativa al precio aplazado, esto es, cuando ordenaba que en el caso de aplazarse el precio advirtiera el Notario que el pago, cuando se verificare, no perjudicaría á tercero si no se hacía constar en el Registro por medio de la nota prevenida en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

Las advertencias de la Instrucción, desde el punto de vista en que ésta se coloca, se comprenden, tienen explicación, cuando un derecho real, por las disposiciones de la legislación inmobiliaria, queda transformado en personal, ó cuando el derecho real, sin cambiar de naturaleza, resulta disminuído ó rebajado en su valor ó importancia. Entonces la advertencia tiene por objeto enterarle de la innovación hipotecaria al que adquiere el derecho reducido ó transformado. ¿Se halla en alguno de estos dos casos; ha sido reducido, ó transformado de real en personal el derecho del que vendió á plazo?

El derecho del vendedor para reclamar el precio

Digitized by Google

aplazado, no estando garantido con hipoteca de la finca, por la legislación romana, aplicable en Cataluña, es, como ya antes indicábamos, un simple derecho personal. Es verdad que para Castilla y para las demás provincias que siguen el derecho castellano sería un derecho real interpretando la citada Ley 58, título 5.°, partida 5.ª, en el sentido que antes decíamos. Pero de todos modos, ya se trate de Castilla, ya de una de las provincias llamadas de derecho foral, está reconocido en la también citada sentencia de 1874 que la causa tercera del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no ha innovado lo dispuesto en la legislación civil y que de ningún modo se puede decir fundándose en dicha causa que siempre que conste en el Registro aplazado el precio haya de seguirse la rescisión de la venta si el precio no se paga. No cabe, por consiguiente, presentarse un tercero que por ignorar la innovación de la Ley Hipotecaria, que aquí no existe, según acabamos de decir, crea haber adquirido un derecho real que puede hacerse efectivo en el terreno hipotecario: si lo cree será porque ignora la legislación civil ó porque ignora cuando menos la interpretación que ha prevalecido de la repetida causa tercera; y á los que ignoran el derecho civil ó no interpretan bien los preceptos hipotecarios nunca ha tratado de protegerles la Instrucción con sus advertencias.

Resultaba, pues, que de las dos advertencias referentes á la rescisión de las ventas por falta de pago del precio contenidas en la antigua Instrucción, los autores del proyecto de la vigente habían suprimido precisamente la que tenía razón de ser desde el punto de vista en que ellos se colocaban, y habían

Digitized by Google

dejado subsistente la que de ningún modo estaba justificada, ni aún desde dicho punto de vista.

Afortunadamente, el Sr. Falguera, en la mencionada sesión académica, hizo ver la inutilidad de la segunda de dichas advertencias; y el voto de la Academia, que adoptó unánime la opinión de su Presidente, hizo que se suprimiera en la Instrucción actual el precepto que en el proyecto de la misma venía consignado.

Pasemos á las disposiciones relativas á la resolución. Decíamos antes que en virtud de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, cuando se trate del tercero, lo que antes eran condiciones rescisorias habrán de ser hoy condiciones resolutorias, esto es, que deberán pactarse si se quiere poder hacerlas efectivas. Pero, observándolo mejor, diremos ahora que en los casos en que antes por la falta de pago del precio tenía lugar la rescisión de la venta, hoy no podrá tener lugar ni la rescisión ni la resolución.

La una de dichas causas, el no consignar en la escritura si el precio ha sido aplazado ó satisfecho, ha de ser un descuido; no es posible, por tanto, presumir que sobre este descuido, que ya entonces no sería tal, pacten las partes la resolución de la venta. En la otra confiesan las partes en el acto de otorgarse la escritura que el precio está entregado; tampoco es posible suponer que pacten los contrayentes la resolución de la venta para el caso de no ser cierto lo que los mismos afirman serlo.

Sin embargo, aunque tratándose de la falta de pago del precio, por los motivos que acabamos de exponer, no puedan ser causas de resolución las antiguas de rescisión, ya existen ó pueden existir

Digitized by Google

otros hechos que originen la resolución de la venta en viniendo la falta de pago del precio. Tal es el pacto comisorio. Y hay también otro pacto relacionado con el precio y con la falta de pago del mismo, y que puede dar lugar á la resolución de la venta: es el pacto *addictionis in diem*.

¿Qué es lo que encontramos en la Instrucción respecto de estos pactos? Lo prescrito para todas las obligaciones sujetas á condición resolutoria, esto es, que advierta el Notario que el cumplimiento de tales condiciones no perjudicará á tercero si no se hace constar (el cumplimiento) en el Registro.

Si con esto se ha querido significar que el cumplimiento de las condiciones resolutorias no podía alegarse ante los tribunales sin llenar previamente el requisito de la inscripción, lo admitimos; pero también hemos de hacer constar que ninguna necesidad había de hacer tal advertencia, porque entonces el objeto de la misma viene ya llenado con la que por el precepto general del artículo 396 de la Ley Hipotecaria se pone en todos los documentos inscribibles.

¿Quiso decir el artículo 19 de la Instrucción que si en el intervalo que puede mediar entre el cumplimiento de la condición y la inscripción de este cumplimiento en el Registro se crea é inscribe un derecho á favor de un tercero, este derecho ya no podrá después ser afectado por el cumplimiento de la condición?

Esto no puede ser. ¿De qué habría servido entonces inscribir la condición cuando ésta se halla todavía en estado de posibilidad? ¿No sirve esta inscripción para advertir al adquirente, ó sea al tercero,

Digitized by Google

á fin de que no pueda quejarse después si cumpliéndose la condición surte éste cumplimiento los efectos ya inscritos?

Para dar al precepto del artículo 19 semejante alcance de rechazar del Registro el cumplimiento de las condiciones, sería necesario cuando menos que se hubiese señalado un plazo á partir del cumplimiento de la condición y haber ordenado que dentro de este plazo el cumplimiento se hubiese de hacer constar en el Registro. Entonces podría pretenderse que, transcurrido dicho plazo sin haber hecho constar el cumplimiento en el Registro, quedaba ya el interesado en la condición sin derecho para hacer constar en el Registro el cumplimiento en perjuicio de tercero.

Pero aparte de que tal plazo para inscribir el cumplimiento de las condiciones no aparece fijado en la legislación hipotecaria, profundizando un poco más, cabe preguntar: ¿De qué habría servido establecer este plazo? El tercero, en la mayoría de los casos, no podría estar seguro de que había transcurrido el plazo para inscribir el cumplimiento de la condición sin saber que ésta se cumplió. Y para proteger á un tercero semejante, que sabe que existe un derecho contrario del que va á adquirir, que obra, por consiguiente, con mala fe, tratando de aprovecharse de la negligencia en inscribir; para proteger á este tercero ¿se habría establecido el precepto de la Instrucción?

Nosotros, en el estudio antes mencionado *La Protección del Derecho Inmobiliario*, sin dejar de atender las necesidades del crédito territorial, damos á este problema una solución que nos parece más equitativa.

Digitized by Google

Nosotros al interesado en que la condición no se cumpla le permitimos hacer constar, bajo su sola palabra en el Registro, que no se ha cumplido la condición, y recíprocamente, al interesado en el cumplimiento de la condición le permitimos hacer constar en dicha oficina, también bajo su sola palabra, que la condición se ha cumplido.

Pero estas inscripciones, practicadas sin intervención de la parte á quien habrían de perjudicar, no surten siempre los mismos efectos en el caso de resultar falso el hecho registrado. Entonces, si la parte contraria á la que obtuvo la inscripción ha adquirido ó adquiere el derecho por que se cumple ó deja de cumplirse la condición, cuando supiere que el derecho se le ha deferido, tendrá quince días para hacer constar su adquisición desde que llegue á su noticia el hecho que la determina.

Cuando el derecho fuere todavía condicional ó cuando el cumplimiento ó incumplimiento de la condición fuere ignorado por la parte contraria á la que pidió la inscripción del hecho falso, deberá esta inscripción estar cinco años en cuarentena, esto es, habrá de permanecer cinco años sin surtir efecto alguno. Véanse los capítulos VII y XII del repetido estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario.*

Resumiendo lo dicho hasta aquí, tenemos que es enteramente inútil el artículo 19 de la Instrucción, no sólo en cuanto se refiere á los pactos comisorio y *addictionis in diem,* sino también en cuanto se refiere á otras obligaciones sujetas á condición resolutoria. Resulta también de la exposición que precede que, mirando la cuestión desde el punto de vista en que se coloca la Instrucción, debió conservarse en la

Digitized by Google

vigente el precepto contenido en el artículo 23 de la antigua, ó sea la advertencia referente al precio confesado.

Decimos desde el punto de vista de la Instrucción, porque nosotros, contrarios de que las escrituras se hagan interminables con tantas advertencias, suprimiríamos todas las prescritas en la Instrucción: querríamos que tuviese más efectividad el principio consignado en las leyes de que á nadie le es lícito ignorar el Derecho.

Digitized by Google

Digitized by Google

Notificación de las cesiones de crédito hipotecario

También entre los romanos se había dejado sentir, como no podía menos, la necesidad de que el acreedor pudiera, sin intervención del deudor, ceder su crédito á otra persona. Pero, preocupado aquel pueblo con la idea de que al deudor no podía dársele contra su voluntad un acreedor distinto del que él se había escogido, procuraba, por un rodeo, acudir á la necesidad sentida. Aquel á quien se quería ceder el crédito era considerado como un mandatario del cedente; pero se le tenía por *procurator in rem suam.*

Más adelante, con el objeto de no haber de esperar la *litis contestatio* para que la cesión tuviese el carácter de irrevocable, introdujeron los romanos la *denuntiatio* ó notificación al deudor de que el crédito estaba cedido. Esta notificación ó denuncia, producía un doble efecto para el deudor: por un lado, ya desde entonces no podía pagar válidamente al acreedor antiguo; por otro, pagando al cesionario se libraba de la obligación.

Los romanos no se habían cuidado mucho de regular esta notificación; permitían que pudieran

Digitized by Google

hacerla lo mismo el cedente que el cesionario. Ya se comprende que la hecha por el cesionario solo, para producir el efecto de que pagando á éste el deudor quedase libre de la obligación, necesitaba ser en alguna manera ratificada por el cedente: de otro modo habría estado en la mano de cualquiera usurpar los derechos del acreedor, falsificando una cesión y notificándola al deudor. Pero aun así podían ocasionar perjuicios las notificaciones hechas por el cesionario solo: el deudor á quien se notificase una cesión, por más que después le dijeran que aquella cesión era falsa, á buen seguro que no querría pagar al acreedor primitivo hasta haberse reconocido ó declarado la falsedad.

Creemos que el Derecho romano, que con justicia lleva el nombre de razón escrita, si no hubiese tenido la preocupación antes mencionada, habría visto que, produciendo la notificación ó denuncia los efectos indicados, lo más lógico era considerar de naturaleza del contrato de cesión de créditos el estar obligado el cedente á notificarlo al deudor; y habría establecido en consecuencia que siempre que en la cesión de un crédito no interviniese el deudor, no pactando las partes otra cosa, tuviese el cesionario acción para exigir al cedente que notificase la transferencia al deudor.

El Código Civil español, respecto de esta materia, dice muy poco; se limita á prescribir que el deudor quedará libre si satisface al acreedor ó cedente antes de tener conocimiento de la cesión, lo cual es decir menos aún de lo que decía el Derecho romano. Y es de lamentar que el Código Civil haya dicho tan poca cosa de la notificación, porque, conforme luego

Digitized by Google

veremos, á él le tocaba establecer no sólo el precepto de que el cedente viene obligado á notificar la cesión, precepto que, á nuestro juicio, constituye un progreso en la materia que nos ocupa, sino también las penas ó responsabilidades en que incurre el cedente dejando de cumplir tal obligación.

El precepto que acabamos de mencionar, con parte de sus accessorios lo establece entre nosotros la Ley Hipotecaria. ¿Pero era por ventura esta ley la llamada á establecer semejante precepto?

Si la notificación hubiese sido necesaria para evitar que el deudor pagara á quien no es dueño del crédito ó para evitar que un tercero comprara el crédito creyéndolo aun del cedente, comprenderíamos que la Ley Hipotecaria tomase la iniciativa en este asunto. Pero en los dos casos que acabamos de citar para proteger al deudor y al tercero, no se necesita la notificación, basta simplemente aplicar los principios generales de aquella ley; principios con arreglo á los cuales el deudor, si quiere verse libre de la obligación, habrá de pagar al que tiene el crédito inscrito; como el comprador ó cesionario, si no quiere ver luego disputado su derecho, habrá de comprar el crédito al que es dueño del mismo según el Registro de la Propiedad.

Obsérvese, además, que si la Ley Hipotecaria con la notificación que exige del cedente se hubiese propuesto regular las relaciones jurídicas en cuanto á tercero, tendríamos entonces que en los conflictos hipotecarios surgidos en la cesión de un crédito, se aplicarían dos medios para resolverlos. Al lado de la inscripción, medio ordinario y general, tendríamos la notificación; y esta duplicidad de medios podría

Digitized by Google

crear situaciones verdaderamente embarazosas, verbigracia: mi acreedor *A* cede el crédito á *B*, notificándome la cesión, que, sin embargo, no es inscrita en el Registro de la Propiedad; después *A* cede el mismo crédito á *C*. Esta cesión no se me notifica, pero *C* inscribe su contrato en el Registro. ¿A quien habré de satisfacer yo el crédito, á *B*, cuyo título de cesión se me notificó, ó á *C*, que tiene inscrito el suyo en el Registro de la Propiedad?

Para nosotros en la cesión de crédito la notificación al deudor viene á ser lo mismo que en una venta ó contrato translativo del dominio, la toma ó entrega de posesión. Si la Ley Hipotecaria ha creído que debía prescindir del modo de adquirir antiguo en las translaciones de dominio, diciendo que la inscripción había venido á sustituir, en cuanto á tercero, á la toma ó entrega de posesión; ¿por qué tratándose de las cesiones de crédito continúa exigiendo el medio que el Derecho común había establecido para hacer llegar á noticia del deudor la cesión?

Resulta, pues, que el precepto imponiendo al cedente la obligación de notificar, por más que estaría muy bien, á nuestro juicio, en un Código Civil, en la Ley Hipotecaria viene á ser inútil, y sobre inútil, viene á ser así algo como falaz, porque puede engañar al deudor y al que compra el crédido, haciéndoles creer que, por haberse cumplido el requisito de la notificación, se está ya bajo el amparo de dicha ley aunque no se haya inscrito. Y no decimos que sea perturbador este precepto ni decimos que introduzca confusión en la manera de resolver los conflictos hipotecarios, porque en el ejemplo que antes poníamos tenemos por seguro que se atende-

Digitized by Google

ría al que hubiese inscrito con preferencia al que hubiese practicado la notificación.

Nótese, por otra parte, que la Ley Hipotecaria impone al cedente que ha omitido la notificación, el deber de indemnizar al cesionario los daños y perjuicios que con ello le hubiere ocasionado.

Desde luego llama la atención aquí que, puesta la ley en tal terreno, que no es ciertamente el suyo, circunscrito, como todos sabemos, á decidir de parte de quién está la razón cuando dos ó más personas discuten acerca la pertenencia de inmuebles y de *derechos reales* sobre esta clase de bienes, no haya ordenado también para el mismo caso la indemnización debida al deudor. ¿Por ventura de omitirse la notificación no se le pueden seguir al deudor daños y perjuicios? Si el cesionario puede hacer para el cobro gastos que luego resultan inútiles por no haberse notificado la cesión; en el mismo caso se encuentra el deudor, que podría emprender un viaje ó remitir fondos con quebranto para pagar al acreedor antiguo, ignorando que la cesión hubiese tenido lugar. Si por no haberse notificado una cesión no inscrita, el deudor paga válidamente al acreedor antiguo, también podrá ocurrir que el deudor pague á su antiguo acreedor sin librarse de la deuda respecto del cesionario que tiene inscrito su título en el Registro de la Propiedad, por más que este título no haya sido notificado.

Y no se diga que en este último caso debe el deudor cargar con todos los perjuicios del conflicto por no haberse enterado de lo que en el Registro constaba antes de pagar, porque entonces diríamos que en el caso inverso de haber pagado válidamente

Digitized by Google

el deudor á su acreedor primitivo mediando una cesión no inscrita ni notificada, había más razón aún para decidir que los perjuicios del conflicto recayesen todos en el cesionario que no cuidó de inscribir su título.

Resumiendo; cuando se trata de cesiones de créditos hipotecarios, si hay conflicto entre dos ó más derechos, se habrán de dirimir dos cuestiones: 1.ª decidir á quien pertenece el crédito hipotecario, adjudicar este crédito al tercero; 2.ª cuestión, declarar cuál de los otros interesados en el conflicto haya de pagar ó perder no sólo la indemnización del crédito que se adjudica al tercero, sino también los perjuicios y gastos que el culpable con su proceder hubiere ocasionado á la otra parte. La 1.ª de dichas cuestiones es lo único que hay de carácter hipotecario en semejantes conflictos: para resolverla basta el principio general de que lo no inscrito no perjudica á tercero. Así el que paga ó compra el crédito, paga ó compra bien hallándose este inscrito á nombre de aquel con quien contrata. La segunda cuestión, la de decidir quién haya de cargar con la indemnización del crédito adjudicado al tercero y con los gastos y perjuicios originados por el conflicto, corresponderá siempre al Código Civil. ¿Acaso la Ley Hipotecaria ha dicho en ninguno de sus artículos que el vendedor está obligado á indemnizar al comprador primero que no inscribió, el valor de la finca que se adjudica á un segundo comprador cuyo título se halla inscrito?

Téngase en cuenta además que la Ley Hipotecaria, colocada en el terreno dicho, esto es, arrogándose atribuciones propias del Código Civil, ha venido

Digitized by Google

á aumentar los gastos de la contratación. Resulta de los artículos 108 y 109 del Reglamento de aquella ley, que la cesión de crédito no será inscrita si no ha sido notificada al deudor en el caso de residir éste en el pueblo de la otorgación. Sin que sepamos tampoco explicarnos aquí el por qué de la diferencia entre cuando reside y cuando nó el deudor en el lugar del otorgamiento de la cesión, tenemos que en el primero de dichos casos la cesión, si se quiere que sea inscrita, habrá de ser notificada, aunque el cedente tenga por innecesaria del todo la notificación; aunque esté completamente seguro de que omitiéndola no habría de abonar gastos de ninguna clase al deudor.

Una consecuencia puede deducirse de lo que llevamos expuesto. Los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento, hablan del crédito garantido con hipoteca. ¿Ampliaremos, no obstante, estas disposiciones, aplicándolas á la cesión de cualesquier derechos de naturaleza real, por el sabido principio *ubi eadem est ratio eadem aportet esse juris dispositio*? De ninguna manera.

Teniendo en cuenta lo inútil y contradictorio que sería considerar la notificación como medio de resolver los conflictos hipotecarios que pudiesen originarse en las cesiones de derechos reales; teniendo en cuenta que el Jurisconsulto, cuando ve un precepto legal sin ninguna razón de ser, ya que no puede anularlo completamente, porque esto sería invadir la esfera de acción del Legislador, obrará conforme al buen sentido y hasta conforme á la equidad, considerando como primera regla de interpretación el reducir dicho precepto al caso único y concreto para

Digitized by Google

el cual se ha dictado, desentendiéndose de semejanzas ó analogías; nosotros diríamos que la obligación de notificar, impuesta al cedente por la Ley Hipotecaria, sólo deberá aplicarse tratándose de cesiones de créditos garantidos con hipoteca.

Digitized by Google

El artículo 22 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á inscripción.

Las cosas son un accesorio de su dueño, porque todo lo no racional ha sido creado para que el hombre lo destinara al cumplimiento de su fin. Pero esta misma razón que nos sirve para afirmar que las cosas son un accesorio de su dueño, nos dice también que el hombre ha de hacer servir las cosas del modo que le den el máximum de utilidad.

En otro estudio *(Nomenclatura de las relaciones jurídicas)* decíamos que el máximum de utilidad las cosas sólo pueden darlo estando en el comercio de los hombres, siendo susceptibles del cambio. Pero preguntamos: ¿querría nadie una cosa si supiese que había de conservar el carácter de accesoria del que la entrega? Claro que no, porque entonces la cosa sería responsable de las deudas y obligaciones que en adelante contrajese el que se ha desprendido de ella.

Digitized by Google

Mas no bastaba que pudiera cortarse para lo sucesivo toda relación entre la vida jurídica de las cosas y la del ser racional al que habían pertenecido: era preciso algo más. Se necesitaba que desde aquel momento en que se considera separada para lo sucesivo la vida jurídica de la cosa de la de su ex dueño, se considerase al mismo tiempo á la cosa como si jamás hubiese sido un accesorio de aquel ser racional; de lo contrario, la cosa habría llevado consigo la responsabilidad por las deudas y obligaciones contraídas por su ex dueño mientras permaneció en poder de éste, y claro es también que con semejante responsabilidad, que no se habría limitado al último ex dueño, sino que se habría extendido hasta el primitivo, el comercio de las cosas habría sido de todo punto imposible: nadie habría querido adquirirlas pudiendo pesar sobre ellas una responsabilidad tan difícil de descubrir.

Pero nótese que para ser posible esto de no estar tenida la cosa al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el dueño mientras estuvo en poder de éste, era indispensable considerar que las cosas, aun estando en poder de su dueño, tienen una vida jurídica independiente de la de éste. Si no fuera así, el dueño, separando de su dominio la cosa y declarándola libre de las obligaciones por él contraídas, habría infringido el principio de que el deudor no puede empeorar la situación del acreedor.

Esta última observación, que es aquella en que de un modo especial debemos fijarnos, nos dice que las cosas, mientras están en poder de su dueño, tienen un doble carácter: son, por un lado, entidades jurídicas con vida independiente de la del dueño, y,

Digitized by Google

por otro lado, son un accesorio del mismo dueño. Nos dice más esta observación: nos dice que el carácter de entidad jurídica con vida independiente es el principal en las cosas, viniendo á ser secundario de las mismas el otro carácter de accesorios del dueño.

Lo que acabamos de exponer no se ha establecido en ninguna ley de un modo expreso; pero después que la fuerza bruta hubo dejado de reinar en las controversias entre lo tuyo y lo mío, empezarían á llamar la atención los lazos ó vínculos que ligaban á las cosas con el hombre; entonces se debió comprender que todo lo no racional había sido creado para que el hombre lo hiciera servir á la realización de su fin; que en este supuesto las cosas eran un accesorio del dueño; pero también hubo de caerse en la cuenta de que existían las razones que dejamos apuntadas, y estas razones, acaso sólo presentidas ó vislumbradas, fueron, á nuestro juicio, las que motivaron las disposiciones del derecho que de una manera implícita vienen á reconocer lo que acabamos de consignar, esto es, que las cosas, por el propio bien del dueño, antes que ser un accesorio del mismo, tienen una vida jurídica independiente.

Resulta de lo que llevamos dicho que las obligaciones que deben hacerse efectivas en las cosas pueden dividirse en dos clases: unas, que pesan sobre la cosa considerada como entidad jurídica independiente de su dueño; otras, que afectan á la cosa por ser ésta un accesorio de aquel en cuyo poder está.

Para saber á cuál de estas dos clases pertenece la obligación, hay un medio sencillo. Si la obligación es convencional, deberá mirarse si el sujeto al con-

Digitized by Google

traerla obró ó nó como dueño de cosas determinadas (téngase en cuenta que puede obrar como dueño futuro). En el primer caso tendremos una obligación que la misma cosa ha contraído representada por su dueño; por consiguiente, la obligación pesará sobre la cosa considerada ésta como entidad jurídica independiente del que la tiene en su poder; será una obligación real. En el segundo caso, la obligación afectará á la cosa sólo por ser ésta un accesorio del sujeto que la contrajo; será una obligación personal.

Si la obligación es legal ó impuesta por la ley, también hay modo de distinguir. Cuando la obligación la impone la ley á un sujeto prescindiendo de que tenga ó no bienes determinados, entonces la obligación será personal, y todo lo más podrá pesar sobre las cosas del obligado en tanto que sean un accesorio del mismo. Al contrario, cuando la ley impone á un sujeto una obligación en razón de ser dueño de determinados bienes, entonces la obligación será real, afectará á las cosas consideradas éstas como entidades jurídicas independientes de aquel á quien pertenecen.

Dejemos á un lado las obligaciones que pesan sobre una cosa por ser ésta accesorio de un dueño; tales obligaciones, siendo personales, no nos interesan en este momento.

En las obligaciones que pesan sobre las cosas como entidades jurídicas independientes de su dueño, en las obligaciones reales podemos encontrar obligadas, ya una cosa, ya dos ó más.

Cuando hay obligadas varias cosas como entidades jurídicas independientes ¿será la obligación

Digitized by Google

solidaria ó mancomunada simple? Hay en el Derecho un principio según el cual, cuando dos ó más personas contraen juntos ó mancomunadamente una obligación, á no ser que se pacte la solidaridad, ésta no existe. Del mismo modo, si la ley impone á dos ó más personas una obligación, no diciendo lo contrario, se entenderá que cada una de aquellas personas responde de una parte igual de la obligación impuesta.

¿Estos principios serán aplicables al caso en que figuren como sujeto pasivo de una obligación dos ó más entidades reales pertenecientes á un mismo dueño? No, por cierto. Y ¿cómo se explica que los antiguos incurriesen en tamaña contradicción de considerar unas veces solidarias y otras no las obligaciones mancomunadas?

Debe notarse que, aun cuando hubiesen los antiguos partido del principio de que nosotros partimos, de que cada finca tiene una vida jurídica independiente de la de su dueño, tratándose de ciertas obligaciones, por la necesidad de que las mismas no fueran ilusorias, habrían sido arrastradas á la contradicción. En efecto; al decir las leyes que se entendiesen hipotecadas las fincas de tal ó cual persona, podía ocurrir que esta persona tuviese dos ó más fincas, y entonces había de decirse cómo aquellas fincas se distribuirían la responsabilidad de la obligación. ¿Se declararía en tal caso distribuída la obligación entre las fincas por partes iguales lo mismo que si la obligación fuese mancomunada simple? No es esto tan sencillo como á primera vista parece. Se presentan algunos problemas muy difíciles de resolver adoptando semejante solución.

Digitized by Google

En efecto, supongamos que el deudor tiene en el momento de contraer la obligación cinco fincas; entonces cada finca responderá de la quinta parte de la obligación. Pero el deudor enajena luego una de aquellas fincas; la enajenada supongamos se lleva consigo la responsabilidad de la quinta parté. Mas luego el deudor adquiere otras dos fincas. Las seis fincas que entonces tiene el deudor ¿responderán por partes iguales de las cuatro quintas partes de la carga extrínseca, esto es, responderá cada una de estas fincas de la sexta parte de las cuatro quintas? Decidiéndolo así resultaría que la finca que había salido del poder del deudor respondería de una parte mayor de la carga que las que ahora tiene el mismo deudor en su poder. ¿Para evitar esto se dirá que la finca enajenada por el deudor se considera como si continuara en poder de éste para los efectos de dicha responsabilidad, y que así en el ejemplo antes puesto, cuando el deudor adquiere otra dos fincas, se considerará que tiene siete y que cada una de ellas, incluso la enajenada responden de una séptima parte de la carga extrínseca?

Si la primera solución no reparte por igual la responsabilidad entre las fincas que por el mismo motivo, por pertenecer á un mismo dueño, están sujetas á la carga extrínseca, la solución segunda tiene el inconveniente de que la responsabilidad que pesa sobre una finca podría entonces ser alterada por actos del que se ha desprendido de todo dominio sobre la misma.

Cabe todavía una tercera solución; decir que las fincas que enajenare el deudor ya no responderán solidaria sino subsidiariamente de la carga extrínseca. Pero esta solución tiene el inconveniente

Digitized by Google

de permitir al deudor que cambie por sí solo la naturaleza de la obligación contra lo establecido en la ley 15, título 14, libro 8.°, del Código romano. *Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est.*

Todas estas dificultades, unidas al inconveniente de que una finca puede tener un valor tan exiguo que no baste siquiera á cubrir la parte de carga que se le distribuya en el repartimiento por igual, habrían sido motivos bastantes entre los antiguos, aunque los mismos hubiesen profesado la teoría de que cada finca tiene una vida jurídica independiente de la de su dueño, para decidirles á proclamar respecto de las hipotecas legales la doctrina de que las fincas respondían solidariamente de la obligación tanto si si continuaban en poder del deudor como si éste las enajenaba.

Pero también es de notar que si los antiguos hubiesen incurrido en dicha contradicción impelidos por la necesidad, si hubiesen visto que sentando el principio de la solidaridad en las hipotecas legales se contradecían con lo establecido para las obligaciones personales, no hubieran seguramente extendido este principio á las hipotecas generales nacidas del pacto, y menos á las hipotecas en que las partes obligan dos ó más fincas determinadas.

A nuestro entender, otro es el origen del principio de la solidaridad aplicado á las obligaciones entre dos ó más fincas pertenecientes al mismo dueño. A lo que se nos alcanza no se distinguió en las cosas entre su vida jurídica independiente y el carácter que las mismas tienen de accesorio de su dueño; se vió que

Digitized by Google

cuando se trataba de hacer efectiva una obligación personal, las cosas pertenecientes al obligado (salvo las obligaciones particulares de cada una de las cosas, que es el pasivo de lo que nosotros llamamos su vida jurídica independiente,) se consideraban obligadas *in solidum* al pago de la deuda, y se creyó que esta solidaridad era aplicable en todos los casos, aun en aquellos en que el dueño, obrando como representante jurídico de varias de sus cosas, había contraído una obligación.

Hemos tratado de explicar el por qué las leyes antiguas, contra su principio de que las obligaciones personales no se presumen solidarias, establecieron que en el caso de existir impuesta sobre dos ó más fincas una carga extrínseca, se entienda pesar ésta solidariamente sobre aquéllas. La solidaridad de las cargas intrínsecas podría explicarse de otro modo. En nuestro estudio acerca de si la legítima puede afectar al tercero de derecho inscrito, hemos visto las razones que había para declarar solidario entre los cuerpos de la herencia el derecho de los legitimarios. Habría podido suceder que, viendo después cierta analogía entre la legítima, por un lado, y la cuarta marital, la trebeliánica y la falcidia, por otro, se hubiese dicho que estos tres últimos *derechos reales* y colectivos habían de considerarse también solidarios. Luego, dando el último paso, hubiera podido concluirse por considerar obligaciones *in solidum* las intrínsecas contraídas expresamente sobre dos ó más fincas determinadas, como la imposición de un censo sobre dos fincas distintas, sin expresar de qué parte de censo habría de responder cada una de las fincas gravadas.

Digitized by Google

Sin embargo, creemos que no fué este el modo como se estableció la solidaridad de las cargas intrínsecas entre dos ó más fincas obligadas mancomunadamente. Creemos más bien que no se hizo distinción alguna entre cargas intrínsecas y cargas extrínsecas, y que viendo que respecto de las últimas, ó sea de las extrínsecas, en todos los casos se conceptuaba solidaria la obligación, concepto que provenía, según antes hemos dicho, de no haber distinguido entre la vida accesoria y la independiente de las cosas, se aplicó también á las cargas intrínsecas el principio de la solidaridad, sin apercibirse de que así se incurría en contradicción con el principio sentado respecto de las personas de que la obligación mancomunada, no mediando pacto en contra, se entiende ser simple.

La solidaridad entre las fincas obligadas mancomunadamente no impide que el tercero pueda conocer la existencia é importancia del derecho que le habrá de perjudicar, conocimiento en el cual se fundan todas las decisiones relativas á la preferencia de los derechos inscritos, ó sea á los conflictos hipotecarios.

Es verdad que la Ley Hipotecaria actual, como complemento de su publicidad, que, dicho sea de paso, es sólo una de las varias manifestaciones del indicado conocimiento que tiene el tercero del derecho que ha de perjudicarle, coloca la especialidad; es cierto que aún cuando la palabra *especialidad*, en rigor, sólo significa que no haya gravámenes sobre generalidades de bienes indeterminados, la Comisión redactora de dicha ley trata de explicarnos el sentido de tal complemento diciendo consistir en que en el

Digitized by Google

Registro conste el gravamen con individual expresión de la finca á que afecta y de la cantidad á que se extiende la garantía; explicación que parece declarar incompatibles la especialidad y la solidaridad absoluta ó perfecta entre dos ó más fincas determinadas. Es cierto igualmente que tal significado atribuído á la palabra especialidad, viene ya confirmado por el espíritu cuando menos del artículo 119 de la repetida ley, y decimos por el espíritu porque, ateniéndonos á su letra, aun podría decirse que cabe estipular que de la obligación mancomunada responda en su totalidad cada una de las fincas. Es cierto, por último, que el artículo 22 de la Instrucción no deja ya lugar á dudas respecto de lo que ha querido la Ley Hipotecaria en este punto, suponiendo lo que luego veremos. Pero la especialidad así entendida ¿tiene, por ventura, algún fundamento jurídico? ¿Qué injusticia hay en que al crear Pedro y yo un censo de veinte pesetas sobre dos fincas distintas, pactando que del censo responderán ambas fincas, se decida que al tercero que contrate sobre cualquiera de aquellas fincas habrá de perjudicarle el censo en su totalidad? ¿Qué clase de inconveniente puede haber, en el terreno jurídico, en que Juan y yo estipulemos una hipoteca sobre dos ó tres fincas mías por valor de quince mil pesetas, declarando la obligación solidaria entre las fincas hipotecadas? ¿Podría, en tal supuesto, quejarse el tercero que en el Registro halla inscrito nuestro contrato, si contratando sobre alguna de las fincas hipotecadas se le reclamase el pago de las quince mil pesetas?

Acaso haya motivos ó razones económicas para establecer la especialidad entendida del modo dicho.

Digitized by Google

Tal vez se haya temido que los prestamistas y, en general, los que hubiesen de percibir alguna obligación afecta á inmuebles, exigiesen garantías más que suficientes, absorbiendo así inútilmente gran parte del crédito territorial; pero preguntamos: ¿no es esto constituirse en tutor de los que ya tienen edad para gobernar sus intereses? ¿Por qué no se deja que el individuo, el propietario, cuide de utilizar hasta donde le sea posible el crédito de sus fincas?

Pero, dejándonos de teorías, lo cierto es que la solidaridad entre dos ó más fincas determinadas que mancomunadamente se han obligado se opone á las bases de nuestra Ley Hipotecaria tal como estas bases generalmente se entienden, y por esto la dicha ley, en el artículo antes citado, dispone que se distribuya entre ellas la responsabilidad para el caso de que haya de afectar á su protegido, que es el tercero de derecho inscrito. Y, como consecuencia de esta disposición, tenemos que en el caso de obligarse al cumplimiento de una deuda dos ó más fincas, practicándose la distribución ordenada en cuanto á tercero, resultarán: 1.° Un gravamen sobre cada finca, que afectará á todo el mundo, excepción hecha de las hipotecas privilegiadas de los aseguradores y del Estado, de la Provincia y del Municipio. 2.° Otro gravamen, que no afectará al tercero de derecho inscrito, pero que no es enteramente inútil, puesto que dará preferencia sobre los acreedores privilegiados del artículo 1924 del Código Civil y sobre el acreedor refaccionario que no hubiese obtenido anotación ó hipoteca.

Por donde se ve, y dicho sea esto de paso, que en el caso de gravar dos ó más fincas para asegurar el

Digitized by Google

cumplimiento de una obligación no sería lo mismo sujetar al cumplimiento de toda la obligación todas las fincas y poner en seguida la distribución en cuanto á tercero, que pactar el gravamen como mancomunado simple, diciendo, por ejemplo, si se tratase de asegurar mil pesetas y las fincas fuesen dos, que se hipotecaba cada una de las fincas para responder de quinientas pesetas, porque entonces, si la una de las fincas no bastaba á cubrir las quinientas pesetas que asegura, ya no podría lo que faltare reclamarse de la otra finca, con perjuicio de los dichos refaccionario y acreedores del artículo 1924 del Código Civil.

Pero vengamos ya á lo consignado en el epígrafe del presente escrito. La instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, en su artículo 22, dice que cuando se impongan censos ó hipotecas sobre dos ó más fincas se señale la cantidad de que cada finca responde. Hasta aquí nada censurable encontramos, teniendo en cuenta que la especialidad es una de las bases de nuestro sistema hipotecario vigente y que el sentido de dicha base se explica de la manera que dejamos consignada. Entre los dos expedientes que para no contrariar el principio de publicidad de la Ley Hipotecaria había: el de retornar al rigor de los principios estableciendo que las fincas hipotecadas mancomunadamente, al igual que las personas, se entendiesen obligadas por partes iguales, no mediando pacto expreso en contrario y el de dejar subsistente la solidaridad establecida en contra de los dichos principios; pero restringiéndola cuando se trata del tercero, se ha optado por este último medio.

Digitized by Google

En lo que no estamos conformes es en que el citado artículo 22 de la Instrucción obligue á consignar en la escritura que cada una de las fincas sujetas al cumplimiento de la obligación no responderá, con perjuicio de tercero, de mayor cantidad que la señalada en la distribución.

La Instrucción, dado el punto de vista en que se coloca de advertir las innovaciones introducidas por la Ley Hipotecaria en el Derecho común, puede mandar que se pongan advertencias cuando las partes nada pactan acerca del particular; así se explica que en las donaciones ordene advertir que el donador no tendrá el derecho de revocarlas en cuanto á tercero por superveniencia de hijos ni por ingratitud; pero cuando las partes, como aquí sucede, convienen en el efecto de sus estipulaciones respecto del tercero, ¿no es ridículo advertirles que dichos efectos no irán más allá de lo que ellos mismos han convenido?

Y no se diga que la advertencia se hace también ó exclusivamente para los que no son parte en el contrato, porque éstos ¿á qué han de atenerse sino á lo que encuentran convenido por los mismos contrayentes? Constando en el Registro lo convenido por las partes, ¿por qué se ha de advertir á los terceros que lo que las partes estipularon no irá más allá? ¿Por ventura cuando se constituye una hipoteca hay necesidad de advertirles á los terceros que después contraten sobre la misma finca que ésta no está vendida, sino solamente hipotecada?

Digitized by Google

Digitized by Google

El artículo 36 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro.

En la antigua legislación hipotecaria encontrábase una doctrina que viene á ser, en el asunto que aquí nos proponemos tratar, lo que en el estudio de la generación de los seres es conocido con el nombre de *teoría del encajonamiento*.

En aquella legislación, á la finca afecta al cumplimiento de una obligación que devengaba prestaciones periódicas, al tiempo de hacerse efectiva su responsabilidad se la consideraba respondiendo con perjuicio de tercero de todas las prestaciones en aquel entonces vencidas y no satisfechas ni prescritas, sin tener en cuenta si estas prestaciones se habían devengado antes ó después de haber adquirido su derecho el tercero á quien perjudicaban.

Una doctrina semejante no podía ser adoptada por la Ley Hipotecaria del 61. Si se hubiese limitado aquella doctrina á dar preferencia á todas las presta-

Digitized by Google

ciones ya vencidas al adquirir el tercero su derecho, acaso hubiérase podido dejarla subsistir, añadiendo empero, que el pago de las prestaciones se hiciera constar en el Registro so pena de no perjudicar á tercero.

Así el que quisiera contratar habría podido, antes de celebrar el contrato, exigir que en el Registro constara el pago de las prestaciones devengadas por la obligación que hallaba inscrita, con lo cual quedaba seguro de que no podía ya venir un tercero, un adquirente á título oneroso de la obligación real, pidiendo el pago de aquellas prestaciones. Y aun en el caso de decidirse á contratar sin hacerse constar en el Registro dicho pago, sabía ya desde luego á cuanto ascendía lo que por razón de prestaciones de la obligación inscrita podía serle antepuesto ó exigido.

Pero una medida semejante á la que acabamos de indicar, esto es, el disponer que el pago de las prestaciones, no inscribiéndose, no perjudicaría á tercero, ningún resultado habría producido gozando el primer acreedor de preferencia hasta por las prestaciones no vencidas ó devengadas al adquirir el tercero su derecho. Este tercero, no queriendo que sus cálculos saliesen luego fallidos, había tenido que contar siempre con que le serían antepuestos el capital de la obligación anterior que hallaba registrada con más las pensiones ó anualidades de intereses de la misma obligación que fuesen devengándose hasta 29 ó 39, según que se tratase de una persona laica ó eclesiástica.

Esto, como se ve, reducía considerablemente el crédito de una finca, haciendo que se hubiese de

Digitized by Google

considerar siempre obligada por más de lo que realmente la afectaba; y esta absorción ó reducción del crédito de una finca, no podía consentirla ó tolerarla nuestra Ley Hipotecaria, que, como es de todos sabido, venía á fomentar el crédito territorial.

Por consiguiente, si no hubiera debido atenderse á ninguna otra razón, es seguro que la Ley Hipotecaria habría dicho que toda finca acensuada ó hipotecada no respondería con perjuicio de tercero, ni de intereses ni de pensión alguna ó que respondería, cuando más, de una pensión ó de una anualidad de intereses.

Pero resuelta la cuestión de este modo, se presentaba otro inconveniente. Entonces el acreedor, para no perder su derecho al cobro de las pensiones ó réditos, se hallaría en la precisión de mostrarse exigente, trabando ejecución ó embargo sobre los bienes obligados en seguida de no pagársele la primera pensión ó anualidad.

Era menester, pues, conciliar estas dos necesidades, y apreciándolo así los redactores de la Ley Hipotecaria, se dirían seguramente: si se limita la responsabilidad de la finca en cuanto á tercero á las dos últimas anualidades ó pensiones y prorrata de la corriente en vez de las 29 ó 39 del Derecho antiguo, por un lado, se evita toda absorción inútil del crédito territorial, y por otro, puede esperarse todavía que el acreedor tenga alguna consideración, que conceda alguna prórroga al deudor para el pago de las prestaciones anuales ó periódicas.

A estas consideraciones se debe, si no estamos equivocados, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que dice: «La hipoteca constituída á favor de un

Digitized by Google

crédito que devengue interés, no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.» Y este artículo de la Ley Hipotecaria originó el 36 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, cuyo literal tenor es el siguiente: «En toda escritura de hipoteca por razón de préstamo con interés, declarará el Notario haber enterado al acreedor de que no podrá reclamar por la acción real hipotecaria, con perjuicio de tercero, más réditos atrasados que los correspondientes á los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente, si bien quedando á salvo su acción personal contra el deudor para exigir los pertenecientes á los años anteriores y para pedir, en su caso, ampliación de hipoteca.»

Llama desde luego nuestra atención que en este artículo 36, que acabamos de transcribir, no se haya distinguido entre cuando se pacta y cuando nó sobre la responsabilidad de la finca por razón de intereses.

Desde el punto de vista en que se coloca la Instrucción, teniendo la misma por objetivo advertir las innovaciones introducidas en el Derecho antiguo por la Ley Hipotecaria, se comprende que cuando nada hayan pactado las partes acerca del particular, mande advertir que el gravamen tácito de la legislación antigua, por razón de intereses, ha quedado reducido á las dos anualidades últimas y parte vencida de la corriente; con ello se hace saber á los interesados que la disposición supererrogatoria del Derecho antiguo, ha sido sustituída por la de igual clase del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Digitized by Google

Mas cuando las partes han convenido expresamente la responsabilidad de la finca por razón de intereses, es muy distinta la cuestión. Entonces podrá ser que las partes hayan pactado lo mismo que con el carácter supererrogatorio en el artículo 114 se establece, y podrá ser también que hayan los contrayentes convenido una responsabilidad mayor ó menor que la del repetido artículo 114.

En el caso de haberse las partes conformado con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, acostumbra ponerse en la escritura una cláusula en que los contrayentes expresamente estipulan que la finca se hipoteca por los intereses de los dos últimos años y por la parte vencida de la anualidad corriente. Desde luego holgaría esta estipulación en un sistema hipotecario que proclamase en todos los casos el principio de que á nadie le es lícito ignorar el Derecho: el silencio de las partes sería suficiente para indicar que rige la disposición legal supererrogatoria. Sin embargo, dentro del régimen hipotecario actual, que sino ha derogado en absoluto el principio que acabamos de citar, permite en tantas ocasiones ignorar los preceptos de las leyes, se ha creído que no estaba de más semejante cláusula, para impedir que un tercero, alegando ignorar la disposición supererrogatoria del artículo 114, que ha venido á sustituir la de igual clase del Derecho antiguo, pretendiese que la finca, en perjuicio suyo, no había de responder de intereses atrasados. Pero vengamos al caso. En dicho supuesto de haberse las partes conformado expresamente con lo establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, ¿será necesario también consignar en la escritura la advertencia del artículo 36 de la

Digitized by Google

Instrucción? Indudablemente, ya que dicho artículo, conforme decíamos antes, no distingue entre cuando se ha pactado y cuando nó acerca de la responsabilidad por razón de intereses. Así, pues, en tales escrituras tenemos dos cláusulas, la estipulación y la advertencia relativas á intereses, enteramente superfluos, puesto que ambas se encaminan á hacerle conocer al interesado lo que tiene obligación de saber en virtud del principio de que á nadie le es lícito ignorar el Derecho. Pero preguntamos nosotros: ¿No es ridículo en este caso advertir al tercero que no le alcanza, por razón de intereses, mayor responsabilidad de la pactada expresamente por las partes? ¿Por ventura cuando se hipoteca una finca en garantía de un capital de 10,000 pesetas, hay necesidad de advertirle al tercero que el capital de que la finca responde es de 10,000 pesetas y no mayor?

Y si no quería suprimirse para dicho caso la advertencia, de todo punto innecesaria, ¿por qué, al menos, adoptando un procedimiento análogo al que se sigue, tratándose de las hipotecas legales á favor del Estado y de los aseguradores, no se ordena que cuando las partes se conformen con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de extipulación expresa, bastará la advertencia del artículo 36? Así al menos de dos cláusulas superfluas se habría podido omitir una.

¿Y qué diremos si las partes han convenido que la responsabilidad de la finca por razón de intereses, sea mayor ó menor que la señalada en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria? ¿Por qué en tales casos ha de consignarse en la escritura una inexactitud? ¿Por qué decir que la finca no responde sino de dos anua-

Digitized by Google

lidades y prorrata de la corriente, cuando las partes han convenido que responda de mayor número de anualidades ó de una cantidad alzada, mayor que el importe de las dos anualidades y prorrata de la corriente? Y al revés, ¿por qué decir que la finca responderá de dos anualidades y parte vencida de la corriente, en el caso poco probable, sí, pero posible, de que los contrayentes hubiesen convenido una responsabilidad menor?

Ya sabemos haberse pretendido que no se puede pactar una responsabilidad mayor de la de las dos últimas anualidades y prorrata de la corriente; pero esta opinión no la creemos sostenible. El artículo 114 de la Ley Hipotecaria, como decíamos antes, no ha hecho otra cosa que reducir á dos las 29 y 39 anualidades de que, por la hipoteca tácita, como un accesorio, respondían las fincas hipotecadas, dejando en libertad á las partes de pactar por dicho concepto la responsabilidad que tuvieren por conveniente.

Por consiguiente, si en el caso de no haber pactado cosa alguna las partes, puede, desde el punto de vista de la Instrucción, admitirse la advertencia en los términos en que ordena hacerlo el artículo 36, ya no sucede lo mismo en los demás casos, porque si se ha pactado una responsabilidad mayor ó menor, la advertencia no encaja, y si las partes se han conformado con lo dispuesto en el artículo 114, la advertencia entonces es inútil y ridícula.

Una observación nos resta hacer. El artículo 36 de la Instrucción evidentemente se halla informado por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Este último, conforme decíamos, habla no de préstamos, sino de los créditos que devengan intereses. ¿Habrá, por

Digitized by Google

tanto, que hacer extensivo el precepto del artículo 36 de la Instrucción á toda clase de crédito que devengue interés?

Tal vez si tuviera la Dirección que resolver un recurso ó una consulta las resolvería en este sentido, considerando que la Instrucción *minus dixit plus voluit*. Sin embargo, existiendo las razones expuestas que aconsejan la supresión de dicho artículo 36 para todos los casos, creemos que el Notario obrará prudentemente si se atiene á la letra del repetido artículo, dejando que en todo caso la interpretación extensiva la haga el Superior gerárquico si lo estima procedente.

Digitized by Google

Los artículos 16 y 21 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos á registro.

La comisión redactora de la vigente Ley Hipotecaria creyó que, á manera de complemento de la publicidad, debía proclamar la especialidad como otra de las bases fundamentales del crédito territorial.

Consiste la especialidad, según la Comisión, en que la hipoteca conste inscrita con individual expresión de la finca á que afecta y de la cantidad á que se extiende la garantía.

Hay que notar ante todo que esta idea acerca de la especialidad debió de tenerla también la Comisión para toda clase de cargas intrínsecas: no importa que al consignarla hable sólo de la hipoteca; en las cargas intrínsecas hay la misma razón.

En esta especialidad proclamada por la comisión redactora de la Ley Hipotecaria se hallan envueltos dos conceptos: el que parece proscribir del

Digitized by Google

Registro la solidaridad de las obligaciones mancomunadas entre dos ó más fincas y el que introduce la necesidad de valorar los gravámenes. El primero de estos conceptos lo hemos examinado en el estudio del artículo 22 de la misma Instrucción. El segundo concepto, que en el referido pasaje de la exposición de motivos viene expresado con las palabras «y de la cantidad á que se extiende la garantía», ha dado origen á los artículos de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, que sirven de epígrafe al presente estudio.

Dice el artículo 16: «Cuando fuere objeto del acto ó contrato un censo ó una pensión periódica perpetua cuyo capital no conste y no mediare tampoco precio, se fijará el valor por el Notario, capitalizando los réditos á razón de 3 por 100 anual, á menos que los interesados, de común acuerdo, elijan otro tipo para dicha capitalización. Si hubiese mediado precio, se expresará, cualquiera que sea el importe de los réditos ó pensiones. Cuando la pensión consista en frutos, se reducirán éstos á metálico por el precio medio que tuvieren en el lugar para hacer la capitalización. Si la pensión fuere vitalicia, se hará la capitalización al tipo de 10 ú 8 $^1/_2$ por 100, según sea por una ó dos vidas, con arreglo á la ley XII, título 15, libro 10 de la Novísima Recopilación, á menos que los interesados establezcan otro diferente».

El artículo 21 dice: «No se otorgará ninguna escritura de hipoteca, censo ó imposición de capital á rédito sin fijar en ella la cantidad de que ha de responder la finca ó derecho hipotecado. Cuando no

Digitized by Google

sea cantidad cierta ó líquida entre los otorgantes la que se trate de garantizar, el Notario les prevendrá que la fijen aproximadamente, advirtiéndoles que la que señalen será la única de que responderá la finca con perjuicio de tercero, si bien quedando á salvo en todo caso la acción personal contra el deudor. Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando la escritura tenga por objeto asegurar un crédito refaccionario no líquido y que dé sólo derecho á una anotación preventiva, en cuyo caso se observará lo prevenido en el artículo 6o de la Ley Hipotecaria».

Lo primero que aquí se le ocurre á uno es preguntar: ¿Era necesario lo prescrito en los artículos que acabamos de transcribir para dar seguridad á las adquisiciones de derechos sobre inmuebles? Desde luego contestaremos que no. Al tercero le interesa, sin duda, saber la extensión, ó sea aquello en qué consiste el derecho ó gravamen que habrá de perjudicarle; pero la cantidad de dinero á que semejante gravamen ó derecho equivale no le interesa saberlo. Cuando no pueda calcularlo aproximadamente, le quedará el recurso de considerar la finca gravada por todo su valor y abstenerse, por tanto, de contratar.

Podrá ser que exigiendo la expresión del valor de los gravámenes en dinero se trate de conseguir otros fines. Tal vez con ello se propusieron los redactores de la ley que, constando en el Registro la parte ya utilizada del crédito de una finca, se viese la que aun podía utilizarse; pero semejante objeto es demasiado pequeño para justificar la traba ó límite que se impone á la libertad de contratación: resul-

Digitized by Google

tado tan mezquino no compensa la prohibición que se me impone de crear hipotecariamente un censo obligándome á entregar al censualista todo lo que éste necesite á su juicio para vivir con decoro, ó de constituir una hipoteca en garantía de la obligación que me impusiere de suministrar á un sujeto todo lo que necesite para seguir y terminar una carrera ú oficio.

Y no es esto todo; según lo preceptuado en los artículos que quedan transcritos de la Instrucción, no sólo habrá de ponerse en las escrituras el valor que en dinero representen las obligaciones contraídas cuando se trate de prestaciones anuales ó periódicas y de las ropas, muebles y vestidos que se constituyan en dote inestimada, sino que también, y esto es ya más grave, habrá de ponerse dicho valor en dinero tratándose del capital de los censos.

Sabido es que en nuestro Principado los censos acostumbran pactarse irredimibles; sabido es también que aun cuando no mediara dicho pacto, la obligación de pagar el censo, como otra obligación cualquiera, no puede extinguirse sin concurrir la voluntad de los que la crearon, conforme al sabido principio *omni solvitur eo modo quo ligatum est.* ¿Por qué, pues, se obliga á consignar en la escritura de enfiteusis para el capital del censo un valor que las partes podrían muy bien no considerar justo ó conveniente cuando se tratare más tarde de la redención? ¿Por qué en casos tales se obliga al Notario á emplear una cláusula de valor dudoso para evitar que se entienda concedida la facultad de redimir? ¿Por qué, además, en las escrituras de transmisión de fincas enfitéuticas se obliga á consignar el valor

Digitized by Google

en dinero del capital del censo y demás derechos enfitéuticos, cuando en la escritura de enfiteusis tal vez no se fijó, ó si se fijó entendieron, ello no obstante, las partes establecer un censo irredimible?

Se nos dirá tal vez que el valor en dinero de los gravámenes, aunque no existiera el artículo 21 de la Instrucción, también habría de ponerse, porque así lo exige la legislación del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes. Es cierto; pero estamos tan acostumbrados á verla á esa legislación como contraría todo lo que sea el interés y el derecho de las partes contratantes, que no nos admira proceda de igual modo en este punto. De ella no hay lugar á quejarse; es su modo de proceder ordinario.

Lo que nosotros lamentamos es que la Ley Hipotecaria, que en tantas materias se desvive para dar seguridad á las adquisiciones sobre inmuebles, en este punto se haya salido ineficaz y perjudicialmente de su objetivo exigiendo la valoración de las cargas. No se ha visto que este precepto es innecesario, porque, como decíamos antes, al tercero le interesa saber aquello en que el gravamen consiste y no el valor que dicho gravamen tenga en dinero. No se ha visto, además, que semejante precepto es ineficaz para el objeto que se perseguía, si este objeto es el que antes indicábamos de evitar el despilfarro del crédito territorial, porque, pudiéndose hipotecar una finca por todo su valor, á los contrayentes que quieran eludir dicho precepto les quedará siempre la facultad de consignar que para responder de la carga cuya cuantía ignoran se haya de considerar hipotecada ó gravada la finca en cuanto á tercero por todo su valor (creemos que no llevará la ley su acción

Digitized by Google

fiscalizadora hasta el extremo de reglamentar á las partes el valor que hayan de dar á la obligación que estipulan). No se ha visto, finalmente, que el repetido precepto, sobre ser inútil é ineficaz, había de dar origen á cláusulas tales como aquellas de las enfiteusis, en que se consigna que el valor dado al censo se entiende sin perjuicio de la irredimibilidad pactada; cláusula que si tiene fuerza convierte en ilusorio el objeto de la ley de hacer que el tercero sepa la cantidad de dinero de que la finca responde, la parte ya utilizada del crédito de la finca; y que si no tiene eficacia engañará á los contrayentes que la hubieren estipulado, por cuanto el censo no será entonces irredimible como ellos entendieron pactarlo. En este último caso habría de decirse que la Ley Hipotecaria ha querido prohibir la creación de censos irredimibles; entonces vendríamos á parar en que se ha introducido una traba más en la libertad de contratación.

Una cosa llama aquí la atención. De los dos conceptos que decíamos vienen comprendidos en el principio especialidad, el de que hayan de distribuirse las cargas entre las fincas obligadas, cuando éstas son dos ó más, lo hallamos consignado al menos en cuanto á la hipoteca en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria: del que ha motivado el presente estudio, como si lo tuvieran en menos, no hablaron los redactores de aquella ley de un modo expreso. Ha sido necesario que la Instrucción, empapándose bien de lo que por especialidad entendía la Ley Hipotecaria, viniese á desenvolver en los artículos 16 y 21 arriba transcritos el concepto de la valoración en aquella idea contenido. Pero he aquí lo que re-

Digitized by Google

sulta de esta manera extraña de legislar. Un Notario, á pesar de la prohibición terminante del citado artículo 21, que no le permite refugiarse en el artículo 3.º de la propia Instrucción, autoriza una escritura de hipoteca ó de otra clase de gravamen cuyo valor en dinero no se fija. Esta escritura se presenta al Registro. ¿Qué hará el Registrador? ¿Denegará la inscripción? ¿En qué artículos de la ley ó del Reglamento fundará su negativa? Supongamos que el Registrador inscribe por descuido ó por no hallar suficientes razones para denegar la inscripción. ¿Qué efectos se acordarán á semejante gravamen inscrito?

Digitized by Google

Digitized by Google

Reserva de los derechos dominicales en las escrituras de enajenación de fincas enfitéuticas.

La ley última del título *de jure emphytéutico* del Código romano, al prescribir que el enfiteuta no puede enajenar la finca sin consentimiento del señor directo, añade que si aquél delante de testigos dice á éste el precio que otro da por la finca, después de transcurridos dos meses desde tal manifestación, podrá realizarse la venta sin la firma del dueño directo cuando éste durante dicho período no hubiere manifestado querer usar de la fadiga.

A lo dispuesto en dicha ley del Código romano fueron introduciéndose en Cataluña varias modificaciones. En primer lugar el *Recognoverunt Proceres,* otorgado por el rey D. Pedro en 1283, estableció que el plazo para usar de la fadiga no empezara á correr sino desde la presentación de la escritura de enajeción al señor directo. Después, en la sentencia arbitral dada por el rey D. Jaime y el obispo de Valencia en el año 1310, se habla del derecho de fadiga que el señor directo puede ceder á otro *cuando hay*

Digitized by Google

dominio mediano. Se habla también en dicha sentencia del plazo de treinta días para usar de la fadiga. Finalmente, en la Constitución *Super ne,* que es la segunda del título *De Dret enfiteutich,* dada en las Cortes de Cervera en el año 1359, se dice también, tratándose de la fadiga, que el plazo para usar de ella es de treinta días.

No hemos sabido encontrar más textos legales en que se hable de dichas alteraciones introducidas en la fadiga del Derecho romano. Si hubiésemos de atenernos á los que acabamos de citar, diríamos que lo de haber de presentar la escritura de enajenación al señor directo para que empiece á correr el plazo dentro del cual se ha de usar del derecho de fadiga será aplicable sólo en Barcelona y en los demás pueblos del Principado á que se ha hecho extensivo el *Recognoverunt Proceres,* porque, conforme de todos es sabido, esta disposición fué un privilegio dado á la dicha ciudad solamente; no tuvo en su origen ni ha tenido después tampoco el carácter de ley general de Cataluña.

En cuanto á la ley 2.ª del título *De Dret enfiteutich,* hemos de decir que por tratar de los feudos no ha de considerarse aplicable á nuestro caso. Precisamente esta constitución es la que había establecido que el laudemio consistiese en la tercera parte del precio; y todo el mundo sabe que el Tribunal Supremo, con aplauso unánime, declaró que lo dispuesto en esta constitución en cuanto al laudemio no podía aplicarse á los enfiteusis porque la constitución trataba de los feudos; declaración que obligó á buscar en el Derecho supletorio, es decir, en el romano, la cuota del laudemio.

Digitized by Google

Si respecto del laudemio se hizo semejante declaración, ¿no habrá de declararse lo mismo tratándose de la fadiga? ¿No habrá de decirse también que lo de los treinta días para usar de la fadiga el señor, lo disponía esta constitución para el feudo, mas no para el establecimiento? Si otra cosa se hiciera, podría decir el señor directo que se faltaba á la lógica y hasta á la equidad considerando que por tratar de feudos no le es aplicable la constitución en lo que le favorece, y aplicándosele luego, á pesar de referirse á feudos, la misma constitución cuando le perjudica, cuando disminuye el plazo que para usar de la fadiga le corresponde según el Derecho romano.

Queda todavía la sentencia arbitral que habla, conforme decíamos, no sólo del plazo de treinta días para usar de la fadiga, sino también de la facultad que tiene de conceder este derecho el señor directo cuando hay dominio mediano (nótese bien cuando hay señor mediano, porque, sin que sepamos su origen, se dice generalmente que este derecho de conceder lo tiene el dómino directo, aunque sea solo, aunque no haya otro dominio). Pero la sentencia arbitral es aplicable sólo á Barcelona y á su huerta y viñedo cuando se trata de alodios eclesiásticos.

Resultaría, por tanto, que en Cataluña, prescindiendo de los privilegios locales, rige, acerca del tiempo y modo de usar la fadiga, el mismo Derecho romano. Pero sea de esto lo que fuere; no nos interesa en este momento averiguarlo.

Más hace á nuestro propósito decir que la constitución dada en las Cortes de Monzón en el año 1520 prohibió al Notario entregar á las partes las es-

Digitized by Google

crituras de enajenación de fincas enfitéuticas hasta que estuviesen firmadas por el señor directo. Después, en el año 1755, las Reales Ordenanzas de 24 de Julio, en su artículo 5.°, dispusieron que la aprobación del señor directo de las enajenaciones de fincas enfitéuticas se extendiese en documento separado; mas luego, en el año 1761, á instancia del duque de Medinaceli, se volvió á restablecer el precepto de la Constitución del año 1520 de que los Notarios no pudiesen entregar á los contrayentes las escrituras de enajenación de fincas enfitéuticas sin estar firmadas por el señor directo.

Tratando de conciliar dicho precepto restablecido, con el que vino más tarde de haberse de inscribir los contratos bajo pena de nulidad dentro de un muy corto plazo en el Oficio de Hipotecas, se había introducido la práctica de firmar el Notario la escritura matriz, sacar copia de ella y presentar ésta sin haberla cerrado al Oficio de Hipotecas, donde era inscrita; hecho lo cual, el Notario esperaba que el señor directo firmase para cerrar la copia y entregarla á las partes.

Así estaban las cosas al publicarse en el año 1862 las leyes Notarial é Hipotecaria, cuando la Junta Directiva del Colegio de este territorio consultó á la Dirección General de los Registros si en vista de lo que disponían dichas leyes Notarial é Hipotecaria podía considerarse derogada la de 1520. El Centro Directivo, en Real Orden de 1.° de Octubre de 1863, resolvió negativamente la consulta. Se volvió á consultar entonces por la Junta Directiva la manera de poder cumplir los al parecer inconciliables preceptos de la Constitución repetida y de las leyes Notarial é

Digitized by Google

Hipotecaria, y la Dirección General, en la Real Orden de 7 de Noviembre de 1864, dispuso que podrían los Notarios cerrar las copias de enajenaciones de fincas enfitéuticas, «dejando á salvo el derecho del señor directo siempre que por motivos atendibles, que se harán constar en la escritura, no se hubiese podido obtener la aprobación del señor».

De la Real Orden de 7 de Noviembre de 1864, pues, ha nacido la cláusula que se pone en las enajenaciones de fincas enfitéuticas diciendo: «Salvo la fadiga» (porque no hay razón para omitirla, ya que la R. O. prescribe que se salve el derecho del señor y la fadiga no deja de formar parte del derecho indicado), ó en otro caso el laudemio que corresponda al señor alodial por esta venta, con cual laudemio, que en su caso importará *tantas* pesetas á razón del dos por ciento sobre el precio de la venta, queda gravada la finca por no haberse podido obtener la aprobación del señor (aquí la razón).

Para apreciar el valor de dicha cláusula y los quilates de necesidad que pudiere tener, es preciso examinar la razón de ser de la ley que la ha motivado.

La Constitución de Monzón, que es la ley á que acabamos de aludir, llevada de las ideas de su tiempo, vino á empeorar la situación del enfiteuta. En efecto, con arreglo á la legislación romana, el enfiteuta, al tener concertada la venta, dando conocimiento de ello al señor directo, si éste dejaba transcurrir dos meses sin decir que quería usar de la fadiga, podía á cualquier hora otorgar la venta, prescindiendo de la firma del dómino. Rigiendo la Constitución de 1520, si el señor directo se arrepiente de

Digitized by Google

no haber usado de la fadiga, cuando, transcurrido el plazo, se solicite su firma, podrá denegarla, obligando así al enfiteuta á sostener un litigio para que el dómino, como decaído en el derecho de fadiga, por no haberla usado en tiempo oportuno, sea condenado á firmar la escritura.

En aquellos tiempos en que el feudalismo conservaba aún parte de su pasado explendor y que hasta parecía quererse desquitar de los privilegios perdidos en la esfera política con los que adquiriera ó ensanchara en el terreno de las relaciones privadas, se explica una disposición semejante; pero ¿estamos hoy en circunstancias iguales? ¿Debe permitirse en la actualidad que sin motivo razonable, sólo con el pretexto de asegurar el derecho del que lo tiene ya bien seguro, se haga á la otra parte de peor condición?

Y no se diga que hoy, en el caso que antes poníamos de estar arrepentido el señor directo de no haberse fadigado la cosa, podría el enfiteuta echar mano de lo dispuesto en la explicada R. O. del 64 y proceder á la venta dejando á salvo el derecho del dómino, porque aquella R. O. dice que para prescindir de la firma del señor es preciso que haya motivos atendibles; y ¿acaso lo sería el de que tratamos? ¿No se le diría al enfiteuta que el hallarse decaído en su derecho el dómino es una cuestión que han de fallar los Tribunales?

En el formulario de D. Félix M.ª Falguera se pone como motivo atendible la ausencia del señor directo, el no residir éste en el lugar del otorgamiento de la escritura. Pero un Registrador de los quisquillosos, que por cierto no escasean, ¿no podría

Digitized by Google

decir que la ausencia no es motivo atendible? Y ¿qué se diría si el dueño directo residiese en la población del otorgamiento, pero fuese menor constituído en la patria potestad? Si se alegare esta circunstancia como motivo atendible para prescindir de la aprobación ó firma del señor, ¿no podría un Registrador de los indicados replicar que en tal caso se debe acudir al Juzgado para que autorice la renuncia del derecho real de fadiga que va envuelto en la aprobación de la venta otorgada por el enfiteuta?

Somos partidarios del Derecho Catalán en aquello que refleja el espíritu y carácter actuales de nuestro pueblo; pero respecto de la Constitución de 1520, que responde á un estado de cosas que ya pasó, creemos que debía declararse abolida en nuestros tiempos como vejatoria del enfiteuta.

Si así se hubiese hecho, habría vuelto á regir en toda su integridad para Cataluña en general la citada ley última del título *de jure emphytéutico* del Código romano. Entonces la cuestión, en el terreno hipotecario, se habría planteado en otros términos; entonces habría podido decirse: el señor directo tiene ó no inscrito su derecho.

Si no lo tiene inscrito podrán ocurrir dos casos: 1.° Que en la escritura de enajenación se manifieste la existencia de aquel dominio. 2.° Que no se haga tal manifestación.

Claro que si no se hace manifestación del dominio en la escritura de enajenación, ni tiene, por otra parte, inscrito su dominio el señor directo, los derechos de éste no podrán perjudicar á tercero. ¿Acaso con el dueño directo ha de tener más consi-

Digitized by Google

deración la Ley Hipotecaria que con el que compra una finca y deja de inscribir? ¿Qué razón habría en semejante caso para favorecer al señor directo que despreció, dejando de inscribir, la protección con que le brindaba la Ley Hipotecaria?

En el caso de manifestarse en la escritura de enajenación la existencia del dominio directo, ¿será esto bastante para que el dómino tenga salvados sus derechos de fadiga y laudemio?

Transcribiéndose en el Registro de la Propiedad las cargas ó gravámenes de las fincas que aparecen simplemente manifestadas ó mencionadas en las escrituras que se presentan para inscribir, y existiendo el artículo 29 de la Ley Hipotecaria vigente según el cual la mención en el Registro surte, en cuanto á perjudicar á tercero, los mismos efectos que la inscripción, tenemos que este caso, de haberse manifestado en la escritura la existencia del dominio directo no inscrito, produce resultado idéntico al en que el dómino tiene registrado su derecho.

Desde luego á semejante doctrina cabe objetar: este señor directo cuyo derecho es mencionado en la escritura, para que su firma consintiendo la enajenación sea admitida, ¿necesitará ó no inscribir antes su título? Si puede firmar sin inscribir, ¿cómo es que se permite que disponga hipotecariamente de un derecho que no tiene inscrito? Y si para firmar ó consentir la enajenación ha de inscribir primero, ¿por qué se da lugar á que la negligencia suya, consistente en no haber inscrito, pueda perjudicar al enfiteuta y al causa habiente de éste demorando la inscripción del contrato por ellos celebrado?

Veamos el caso en que el dueño directo tiene

Digitized by Google

inscrito el dominio. Aquí, por de pronto, llama la atención que, junto con el dominio ó como formando parte del mismo, no se entiendan registrados todos los derechos que lo integran. ¿No es un contrasentido decir que de los dos derechos disyuntivos, fadiga y laudemio, que constituyen el dominio directo, cuando éste se halla inscrito el uno se entienda registrado como comprendido en el dominio y el otro no? ¿Se concibe que respecto de uno de dichos derechos esté obligado el tercero á saber que viene involucrado en el dominio directo y que respecto del otro no tenga tal obligación?

Además aquí se nos presenta una antinomia de la Ley Hipotecaria, ó, mejor dicho, una contradicción entre lo que dispone aquella ley y lo resuelto más tarde por el Centro Directivo en la citada Real Orden de 7 de Noviembre de 1864. Si según el artículo 38 de dicha ley no basta la inscripción del dominio directo para que se considere inscrita la fadiga en él contenida; si, por lo mismo, la inscripción de tal dominio no da lugar á la acción rescisoria en cuanto á tercero en virtud del principio general de que lo no inscrito es para el tercero como si no existiera, ¿por qué establecer de un modo absoluto que sea necesario el consentimiento del señor directo para la enajenación de fincas enfitéuticas? ¿No debía haberse distinguido entre cuando tiene y cuando nó inscrito particular ó especialmente el derecho de fadiga el dómino? ¿Por qué, por otra parte, limitar el precepto al dómino directo? ¿No hay la misma razón en cualesquier otras personas que tuvieren el derecho de fadiga inscrito en el Registro de la Propiedad?

Digitized by Google

De modo que en la materia que nos ocupa, á nuestro entender, hay dos errores: el primero lo cometió la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria declarando que la fadiga no inscrita explícitamente no perjudicará á tercero: debía haberse dicho que, no constando lo contrario, la fadiga se consideraría inscrita cuando lo estuviere el dominio directo. La Dirección General de los Registros cometió el segundo de los dichos errores al evacuar la consulta del Colegio Notarial de este Principado: la Dirección hubiera obrado con más acierto si hubiese declarado que, teniendo el señor directo con el nuevo régimen hipotecario el medio de asegurar sus derechos, había de considerarse abolida, por innecesaria y por impropia de los tiempos modernos, la antigualla de la Constitución de 1520.

Si los redactores de la Ley Hipotecaria no hubiesen cometido el error indicado, la Dirección, guardándose de caer en el suyo, esto es, declarando abolida la Constitución de Monzón, podía haber evacuado la consulta referida sin apartarse de lo que como regla general establece aquella ley.

En efecto, entonces el Centro Directivo hubiera podido decir: «Si no está inscrita la fadiga ni el dominio directo en el cual se contiene, no debe tenerse miramiento alguno al dómino; por lo mismo, sin consentimiento suyo podrán inscribirse los contratos de enajenación de la finca enfitéutica. Si se halla inscrita la fadiga ó el dominio directo en que viene involucrada, entonces se aplicará el precepto establecido para la enajenación de fincas ó derechos sujetos á condición resolutoria. De modo, habría podido concluir la Dirección General, que los contra-

Digitized by Google

tos de enajenación de fincas enfitéuticas podrán en todos los casos ser inscritos aunque en ellos no conste la aprobación del dómino, porque á éste, en su caso, cuando tuviere inscrito ó mencionado el dominio, le quedará á salvo el derecho de reclamar, como le queda al interesado en la condición resolutoria».

Y contento hubiera podido estar el señor directo con semejante declaración, ya que, conforme á la misma, para el caso de no tener inscrito el dominio y sí tan sólo haberse éste manifestado ó mencionado en la escritura de enajenación, le habría quedado á salvo el derecho para reclamar contra el tercero. Nosotros no le concederíamos tanto (véase nuestro estudio titulado: *La Protección del Derecho Inmobiliario).*

Una cosa, empero, habría faltado para que lo dispuesto por la legislación hipotecaria en la materia que nos ocupa hubiese podido considerarse aceptable: el plazo que había de tener el señor directo cuando su derecho estuviere inscrito ó mencionado, para reclamar contra la enajenación otorgada sin consentimiento suyo.

Lo que consta en el Registro se considera que todo el mundo está obligado á saberlo. ¿Podía haberse dicho, á semejanza de lo que se establece respecto de las enajenaciones en fraude de acreedores, que el plazo para reclamar el uso de la fadiga empezaría á correr desde que fuese inscrito en el Registro de la Propiedad el contrato de enajenación de la finca enfitéutica?

Creemos que hubiera sido exigir demasiado del que cumplió con el requisito de la inscripción obli-

Digitized by Google

garle á mirar todos los días el Registro para ver si había sido enajenada alguna de las fincas sobre las cuales le corresponde el derecho de fadiga. Parécenos que habría sido más propio establecer el término de cinco años que el artículo 23 concede para impugnar los títulos *mortis causa*. De esta manera al señor directo cuyo título estuviere inscrito ó mencionado le bastaría, para la conservación de sus derechos, mirar cada quinquenio, en el registro particular de la finca sobre la cual le corresponde el uso de la fadiga, si ha sido inscrita alguna enajenación otorgada sin consentimiento suyo.

Digitized by Google

Funciones encomendadas al Notario por el Ministerio de Hacienda.

El Reglamento del impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes impone al Notario tres obligaciones.

De estas obligaciones puede decirse que constituyen al Notario: la una en Delator; la otra en Inspector de la Hacienda y la otra en Pregonero. Si alguno de estos nombres resulta algo fuerte, la culpa no es nuestara. Nosotros no hacemos más que dar á las cosas el nombre que les corresponde.

Examinemos una por una dichas funciones de Delator, Inspector y Pregonero.

El Notario Delator

El artículo 148 del Reglamento del impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes, dispone que los Notarios formen mensualmente un índice explicatorio de todas las escrituras que autoricen sobre actos ó contratos por los cuales se transmitan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos. Añade

Digitized by Google

el artículo citado, que dicho índice lo remita cada Notario al Liquidador del Partido.

Esta disposición tiene, desde luego, el defecto, no pequeño por cierto, de rebajar la dignidad del Notario. Convenimos en que las necesidades del Fisco no pueden desatenderse; convenimos en que se debe hacer algo para procurar que ingresen en las arcas del Tesoro todos los tributos y gabelas exigidas por la ley: pero ¿ese interés por la prosperidad de la Hacienda pública, es motivo bastante para imponer á la respetable clase notarial el vil oficio de delator?

También la disposición fiscal, que ahora nos ocupa, tiene el triste privilegio de hacer faltar á su juramento al depositario de la fe pública. Éste, cuando toma posesión de su cargo, jura guardar fielmente los secretos que se le confien. Las escrituras que el Notario autoriza, por más que se denominen instrumentos públicos, son secretos que aquel funcionario se guardará muy bien de revelar. ¿Por qué, pues, se le obliga á cometer un perjurio con la remisión de los índices?

Otro inconveniente tiene aún la disposición que estamos examinando. El Notario, á más de funcionario público, es asesor ó consejero solícito de sus clientes; una especie de Magistrado de la familia, como ya alguien le ha llamado; un confesor, podríamos decir, al cual los clientes, en sus tribulaciones, van á confiar sus más recónditos secretos y pensamientos. ¿Con qué confianza irá el cliente á abrir su corazón al Depositario de la fe pública, si sabe que éste es una especie de agente del Fisco, un instrumento de que el Fisco se vale para hacerle pagar el impuesto?

Digitized by Google

He aquí los resultados de la primera de dichas tres funciones impuestas por el Ministerio de Hacienda: atentar á la dignidad notarial; imponer al Notario un perjurio y sofocar en el cliente sus naturales espontáneamientos.

El Notario Inspector de Hacienda

Dice el artículo 171: «Los Notarios que autoricen documentos sin que se les haga constar por los interesados que el título ó instrumento mediante el cual acreditan el derecho que se impone, modifica, reconoce, transmite ó extingue, pagó el impuesto ó se halla exento de él, incurrirán en la multa de 50 pesetas por primera vez y de 50 más por cada reincidencia.»

Una observación podemos hacer desde luego. Las obligaciones que nos ocupan, impuestas al Notario por el Ministerio de Hacienda, no se presentaron, desde un principio, de una manera franca, como disposiciones de carácter fiscal: se diría que iba tanteándose el terreno.

La obligación de Inspector que ahora estamos examinando, la vemos, en un principio, oculta tras una disposición de interés hipotecario que prohibía, al Depositario de la fe pública, admitir, para la autorización de un instrumento, escrituras que no hubiesen sido inscritas en el Registro de Hipotecas. Así lo había establecido el Real Decreto del año 1852.

Es verdad que en el fondo era esto decir que no se admitiesen por el Notario títulos que no hubiesen pagado el impuesto, ya que en aquella fecha, lo mismo que ahora, los títulos para ser inscritos debían

Digitized by Google

antes satisfacer el derecho de Hipotecas, nombre que entonces se daba á lo que hoy llamamos impuesto de derechos reales y transmisión de bienes. Pero de todos modos se observa el fenómeno indicado: el oficio de Inspector de Hacienda, impuesto al Notario, se fundaba entonces de un interés hipotecario, no en las conveniencias del Fisco.

Lo propio sucedió con el oficio de Pregonero que después veremos. También antes se obligaba al Depositario de la fe pública á pregonar que el documento se había de inscribir en el Registro de Hipotecas. Para inscribir el documento se había de pagar primero el impuesto como sucede hoy, y así, advirtiendo el Notario lo del Registro, también advertía que el impuesto debía pagarse; pero esta advertencia última era implícita. No se había atrevido aún la ley á imponer al Notario semejante oficio de un modo claro y directo.

Pero cuando hubieron transcurrido muchos años vinieron otros legisladores, con no tantos miramientos (tal vez contribuyó á ello la penuria del Erario) y se dijo ya desembozadamente lo que hasta entonces se había hecho de una manera encubierta. Dejando á un lado la cuestión hipotecaria ó de registro, se le impuso al Depositario de la fe pública la obligación de rechazar los títulos que no hubiesen pagado el impuesto y la obligación de advertir, en los que autorizare, que el impuesto había de pagarse.

¿Es sostenible, en el terreno de los buenos principios, la obligación que el citado artículo 171 impone al Notario?

Nada tendríamos que objetar si el Notario recibiese sueldo del Estado. Entonces, como á cualquier

Digitized by Google

otro empleado suyo, el Gobierno podría imponerle dicha obligación. Ahora es sumamente injusto que, por simples razones de interés fiscal, se halle el Notario impedido de prestar los servicios que de él se reclaman.

Se comprende que el Estado intervenga en los servicios que presta el Depositario de la fe pública cuando se trata de dejar bien asegurados los contratos y demás actos que este funcionario autoriza; pero la acción del Estado no pasa de ahí. ¿Por ventura puede el Estado prohibir al médico que visite al enfermo que no ha pagado la contribución? ¿Qué se diría si un Gobierno despótico prohibiese al maestro de obras encargase de la construcción de un edificio sin que antes el dueño del terreno le probase haber pagado, por la adquisición del mismo, el correspondiente impuesto á la Hacienda pública? Pues la misma razón hay para prohibir al Notario que admita los títulos que no han pagado el impuesto, cuando estos títulos se le presentan para que autorice otra escritura.

Nótese que en lo relativo á este oficio de Inspector que estamos tratando podría el Reglamento ofrecer alguna duda.

A más del citado artículo 171 hay el 174, que dice: «Los Escribanos ó Secretarios de Juzgados ó Tribunales y demás Autoridades y *funcionarios* que admitan un documento en el que no conste la nota de pago del impuesto ó la á que se refiere el artículo 102, incurrirán en una multa de 5 á 25 pesetas.»

Ya sabemos que, según el principio de interpretación de que en una ley lo general ha de entenderse limitado por lo particular, podría decirse que el No-

Digitized by Google

tario, aunque sea funcionario público, no ha de considerarse comprendido en la palabra funcionario, que emplea el artículo 174, por existir en el mismo Reglamento un artículo (el 171, antes citado,) en que expresamente se habla de la obligación que tiene el Depositario de la fe pública de rechazar los documentos de que trata el artículo 174. Pero también sabemos que en una ley se ha de explicar el sentido de unos artículos por el de los otros, considerando que el legislador ha podido muy bien no estar igualmente feliz en la redacción de todos ellos y que así podría decirse, en el caso que nos ocupa, que la interpretación que al artículo 171 debe darse es la que de un modo categórico establece el 174, del cual resulta, tomándolo á la letra, que el Notario no podría en ningún caso admitir documentos sin la nota de exención por más que el documento fuese de los que se hallan con toda evidencia exentos del impuesto. ¿Debe admitirse una opinión semejante?

Desde luego es evidente que el referido artículo 174 dijo más de lo que quería, como lo prueba el que en el artículo 152 del propio Reglamento, cuando se prohibe también admitir títulos que no lleven las correspondientes notas de pago ó de exención, se restringe la prohibición á los títulos por los cuales se constituyen, transmiten, reconocen, modifican ó extinguen derechos reales ó meramente se transmiten bienes inmuebles ó muebles perpetua, indefinida, temporal, revocable ó irrevocablemente.

La manera de conciliar estos dos artículos, el 174 y el 152, la vemos nosotros en distinguir dos clases de actos exentos: unos que lo están por sí mismos y en todos los casos y otros que sólo lo están por ser

Digitized by Google

parte integrante ó una nueva faz del acto que ya pagó. Nos explicaremos.

El artículo 35 del Reglamento dice que á una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho. La interpretación de éste artículo, si no estamos equivocados, es la siguiente: Cuando un acto ha pagado el correspondiente impuesto, ya no deberá pagarlo lo que constituya parte integrante del mismo acto. Cuando un acto se presenta en diversos estados de su desarrollo jurídico, si ha pagado en el período de perfección ya no habrá de pagar el de consumación.

Por el primer motivo deben estar exentos del pago del impuesto la escritura en que el marido aprueba la venta realizada por su mujer, y aquella en que el señor directo, declarando que no quiere usar de la fadiga, aprueba la enajenación hecha por el enfiteuta.

Por el motivo segundo debe estar exenta la escritura en que se hace constar el pago del precio de una venta, caso de escepción ya expresamente reconocido por el artículo 16. También, por el segundo motivo, deben estar exentos: el acta Notarial en que se hace constar la entrega ó toma de posesión de la finca comprada; la escritura en que el heredero hace entrega al legatario de la finca legada; la carta de pago del legado en dinero ó en objetos muebles que el legatario otorga á favor del heredero; la carta de pago que un deudor hipotecario firma á favor del prestamista que en el acto de otorgarse el préstamo había prometido entregar parte de la cantidad prestada dentro de cierto término, etc., etc.

Pero obsérvese que todas estas exenciones, para

Digitized by Google

hallarse en la categoría de tales, necesitan que el acto principal ó anterior á que se refieren haya pagado el impuesto correspondiente.

Ahora bien, volviendo á nuestro asunto, el Notario podrá admitir sin nota de exención los documentos que en sí mismos y en todos los casos se hallen con toda evidencia exentos del impuesto, como, por ejemplo, un poder, el protesto de un documento de giro, porque en estos documentos no hay ninguno de los actos jurídicos enumerados en el artículo 152; pero cuando al Notario se le presenta un documento en que consta la consumación de un acto jurídico que ya antes se había consignado en otro documento en estado de perfección y cuando se presenta al Notario un documento en que consta un acto parte integrante de otro que se había consignado ya en escritura distinta; ¿podrá admitir estos documentos sin incurrir en responsabilidad si no llevan la correspondiente nota del Liquidador en que se exprese que están exentos del impuesto? Creemos que no; creemos que el artículo 174, cuando exige la nota de exención para que el documento pueda ser admitido en los Juzgados y Tribunales, Oficinas y Corporaciones, precisamente ha tenido en cuenta esta clase de documentos. Ha querido que en tales casos la Hacienda, después de asegurarse de que el acto principal ó el acto en el período de perfección han pagado ya, declarase que no debe pagar la parte integrante de aquel acto ó el acto mismo en el período de consumación. Siendo de advertir que, en semejantes casos, no podría el Notario excusarse diciendo que en el documento que se le exhibe el Notario autorizante del mismo no puso advertencia relativa á la presen-

Digitized by Google

tación, de lo cual había de colegirse que ya aquel funcionario se había asegurado de que el acto principal ó en estado de perfección del de que ahora se trata había pagado el impuesto correspondiente. Ni siquiera podría excudarse el Notario que admitiese documentos tales sin la correspondiente nota de exención, en que el Notario que los autorizó había afirmado que por el acto principal ó anterior á que se refieren, estaba ya pagado el impuesto.

Contra esta última razón se alegaría que el Notario autorizante del documento que ahora se exhibe no es el Liquidador á cuyas notas manda el Reglamento que se atengan los Juzgados, Tribunales, Oficinas y Corporaciones para admitir los documentos: contra la razón primera, aparte de que una afirmación implícita no ha de tener mayor eficacia que una afirmación explícita, cabría alegar todavía que el no haberse continuado la advertencia en el documento que ahora se exhibe podría deberse muy bien á un descuido del Notario que lo autorizó, y lo que puede ser un descuido, no ha de servir de argumento para que el Notario á quien el documento se exhibe deje de cumplir la obligación que el Reglamento le impone.

Ni siquiera en el caso de resultar cierto que se pagó el impuesto por el acto principal ó anterior del que se contiene en el documento presentado al Notario, se libraría éste de incurrir en responsabilidad, admitiéndolo dicho documento sin la correspondiente nota firmada por el Liquidador. Inútil de todo punto sería que este Notario, en el documento que autoriza, hiciera constar que admitía el que los interesados le presentan por estar seguro de que el

Digitized by Google

impuesto correspondiente al acto principal ó anterior se pagó. Porque no se trata de si el impuesto se ha pagado ó no, sino de si al Notario se le ha hecho constar semejante pago por los medios que el Reglamento tiene establecido, por medio de la nota de la Oficina liquidadora. No debe permitir la ley, en este punto, que equivocaciones y hasta mala fe de personas distintas de aquellas á quienes tiene confiado el cargo de Liquidador puedan ocasionar perjuicios al Tesoro.

Con la distinción que acabamos de hacer, creemos que se salva toda antinomia que pudiera verse entre los artículos 152 y 174; creemos, además, que con dicha distinción se explica satisfactoriamente el artículo 171. Este artículo dice que al Notario se le ha de acreditar, por los interesados, el pago ó la exención del impuesto. Pues bien; tratándose de los actos exentos por sí mismos y en todos los casos, los interesados acreditan la exención con solo mostrar el artículo del Reglamento que lo establece; tratándose de actos exentos por ser parte integrante ó nueva faz del que ya pagó, acreditan los interesados la exención por medio de la correspondiente nota del Liquidador en que el pago consta.

Otra cosa echamos de menos en los artículos del Reglamento que tratan de la obligación que tiene el Notario como inspector de la Hacienda, y es que no dicen los tales artículos si podrá el Depositario de la fe pública admitir los documentos cuya liquidación hubiere sido aplazada.

El artículo 52 dice que cuando el acto depende de alguna condición suspensiva no se liquidará el impuesto hasta verificarse la condición. Supongamos,

Digitized by Google

pues, que se hace un legado condicional para el caso de que el legatario se ordene de sacerdote; en el testamento se pone la nota de quedar aplazada la liquidación del legado. Si se presentan después el heredero y el legatario al Depositario de la fe pública para otorgar la carta de pago del legado mostrándole el testamento en que aparece la nota del Liquidador declarando que la liquidación se suspende hasta verificarse la condición ¿deberá el Notario abstenerse de autorizar la carta de pago porque no se cumple lo preceptuado en el artículo 171, de acreditarle los interesados el *pago* ó la *exención* del legado? Estimamos que para casos tales el artículo 171 *minus dixit, plus voluit,* y que la nota de haberse suspendido la liquidación ha de producir, dentro de ciertas restricciones ó límites, igual efecto que la nota de pago.

Decimos dentro de ciertos límites, porque aquí se ofrece otra cuestión. Cuando la liquidación se ha aplazado, no dice el Reglamento el tiempo que, á partir del cumplimiento de la condición tendrán los interesados para presentar nuevamente el documento á la oficina liquidadora, al objeto de que la liquidación se practique.

De tres maneras distintas podría suplirse este silencio del artículo 52. Puede decirse que considerando el aplazamiento como una simple suspensión del pago, cuando la condición se realice, tendrán los interesados los diez y seis días que en los casos ordinarios se concede para pagar el impuesto después que la liquidación se ha practicado. Puede decirse también que al cumplirse la condición tienen los interesados treinta días para presentar de nuevo el documento en la oficina liquidadora, al objeto de

Digitized by Google

que se practique la liquidación, y que luego de haberse ésta practicado tendrán diez y seis días más para pagar el impuesto. Puede decirse, finalmente, que cuando se otorgue la escritura haciendo constar el cumplimiento de la condición, tendrán los interesados treinta días para presentar esta escritura á la oficina liquidadora, y diez y seis días más, á contar desde que la liquidación se practique, para pagar el impuesto.

Aunque la última de dichas interpretaciones parece ser la que prevalece en la práctica seguida por ciertas oficinas liquidadoras, creemos, sin embargo, que no sería la que se adoptase si debiera resolver el asunto la Dirección General de Contribuciones, porque, dejando aparte el retraso en el pago que en todos los casos ocasiona semejante práctica, ¿qué sucedería si los interesados no se cuidasen de hacer constar en escritura el cumplimiento de la condición? Además el aplazamiento se hace, según el artículo 52, hasta que la condición se realice, no hasta que se otorgue escritura haciendo constar dicha realización. Por consiguiente, creemos que se aceptaría una de las otras dos interpretaciones, y aun creemos que sería aceptada la primera con preferencia á la segunda.

Ahora bien; en el ejemplo que antes poníamos de un legado hecho bajo la condición de ordenarse de sacerdote el legatario, supongamos que se presentan los interesados al Notario para otorgar la carta de pago cuando ha transcurrido ya más de un mes desde que el legatario fué ordenado *in sacris*. ¿Podrá el Notario autorizar aquella carta de pago si los interesados no le muestran más que el testa-

Digitized by Google

mento en que hay la nota del Liquidador declarando que la liquidación se suspende hasta realizarse la condición? Estamos por la negativa. El objeto del Reglamento al establecer la prohibición para el Notario de admitir ciertos documentos, es que tales documentos se tengan por no existentes en el terreno jurídico mientras respecto de ellos no se hayan llenado todas las formalidades que el mismo Reglamento prescribe. El documento que ahora se presenta, el testamento, no basta haberlo presentado para que se pusiera la nota de suspensión; cuando la causa de ésta desapareció debía presentarse nuevamente para que la liquidación se practicara. No habiéndolo hecho así, el documento se halla proscrito del terreno jurídico. No puede el Notario admitirlo.

También aquí podría examinarse si cuando se trata de actos conocidamente comprendidos en el artículo 52 puede admitirlos el Notario sin la correspondiente nota de suspensión puesta por el Liquidador. La negativa se impone, á nuestro juicio. Y no se extrañe esta solución distinta de la que dábamos al tratar del caso en que el acto por sí mismo se halla con toda evidencia exento del impuesto.

Allí fundábamos nuestra opinión en que el documento no contenía ningún acto jurídico de los enumerados en el artículo 152; por consiguiente, decíamos, respecto de tal documento no se ha impuesto obligación alguna al Notario. Pero aquí ya es otra cosa; el documento está comprendido en el artículo 152; es más: se halla sujeto al impuesto, y en rigor no podría admitirlo el Notario, ni según el artículo 171 ni según el mismo artículo 152, sin que se le acreditase que el impuesto está pagado.

Digitized by Google

Todo lo más que en tal caso puede hacerse es lo que ya nosotros hemos hecho, creyendo suplir una omisión del Reglamento, esto es, considerar que mientras no haya transcurrido el plazo que á partir del cumplimiento de la condición se tiene para presentar de nuevo el documento á la oficina liquidadora, la nota suspensiva de la liquidación equivale á la de pago. Mas esto, como ya se comprende, no cabe considerarlo cuando la nota expresiva de haberse la liquidación suspendido no consta siquiera al pie del documento.

Una observación tenemos que hacer aquí. Podrá ser que el aplazamiento de la liquidación, la liquidación misma ó la nota de exención, estén mal hechas ó puestas indebidamente. ¿Tendrá, en tal caso, el Notario obligación de rechazar el documento?

Claro que no. Aun cuando el artículo 171 diga que se le ha de acreditar al Notario que el acto pagó el impuesto, no se infiere de aquí que dicho funcionario esté obligado á cerciorarse de si el acto ha pagado todo el impuesto que le correspondía pagar. El Notario no es fiscal de los actos del Liquidador; por tanto, habrá de atenerse á lo que resulte de las notas puestas por la oficina liquidadora, prevaleciendo así otra vez lo dispuesto en el artículo 152.

Por último, una duda tenemos respecto del oficio de Inspector impuesto al Notario. ¿Quiere el legislador que la sanción del artículo 152 sea aplicable en todo tiempo, ó bien quiere que no se aplique hasta que el plazo para la presentación haya terminado?

El artículo 152 establece terminantemente lo primero, si se toma tal como suena; pero hay otro ar-

Digitized by Google

tículo del mismo Reglamento, el artículo 4.°, que no tendría explicación plausible, como ya alguien ha hecho notar, si no se supusiera que mientras corre el plazo de presentación puede el Notario admitir el documento no liquidado todavía para autorizar la escritura que se le encarga; y como, por otra parte, estos preceptos prohibitivos del Reglamento son, á nuestro entender, de interpretación restrictiva, por ser materia odiosa; y como, además, parece injusto imponer castigo (que castigo es no ser admisible el documento en los Juzgados, Tribunales y Oficinas) mientras no ha transcurrido el tiempo que se tiene para cumplir la obligación á que el castigo va anejo, creemos que el artículo 152 no ha de impedirle al Notario admitir documentos sin nota del Liquidador mientras no haya pasado el término hábil para la presentación de los mismos á la Oficina liquidadora. Siendo de advertir que esto no constituye un privilegio para los Notarios, sino que es extensivo á todos los Juzgados, Tribunales, Oficinas y Corporaciones, á quienes se prohibe admitir los documentos sin la correspondiente nota del Liquidador del impuesto.

El Notario Pregonero

Reconocemos de buen grado que no debe serle tan odioso al Notario el oficio de Pregonero como los otros dos anteriormente examinados; no le produce una mortificación como el de Delator ni le ocasiona un perjuicio como el de Inspector.

Pero esto no es decir que el tal oficio de Pregonero hubiese de imponérsele al Depositario de la fe

Digitized by Google

pública; estando escrito en nuestras leyes que á nadie le es lícito ignorar el Derecho, es... tener demasiadas ganas de molestar al Notario obligarle á advertir á los otorgantes la existencia de un precepto legal que ellos no pueden desconocer.

La obligación que como Pregonero se le impone al Notario consiste en que, tratándose de cierta clase de escrituras, habrá de advertir á los interesados que han de presentar el instrumento, ó copia del mismo, mejor dicho, en la Oficina liquidadora del impuesto, con algunas prevenciones más, á veces.

En esta obligación de advertir pueden distinguirse cuatro cosas: 1.ª Cómo debe hacerse la advertencia. 2.ª A quién se debe hacer. 3.ª En qué documentos hay que hacerla. Y 4.ª Contenido de la advertencia.

Desde luego la advertencia no basta hacerla á los interesados; es menester que se consigne en la escritura. Así lo quiere el artículo 149.

No queremos hacer objeto de dudas á quién deberá hacerse la advertencia cuando no concurre al otorgamiento de la escritura el interesado que, según el artículo 33, debe pagar el impuesto. Creemos que en tal caso cumplirá el Notario consignando en el documento que la advertencia se ha hecho á los concurrentes.

Más difíciles de resolver son los otros dos puntos indicados, esto es, en qué documentos debe hacerse la advertencia, y cuál debe ser el contenido de ésta. Para examinar dichos dos puntos hay que tener en cuenta, concordándolos en su caso, los artículos 4, 52, 54, 149, 154, 165 y 171 del Reglamento.

Documentos en que se ha de hacer la advertencia.—

Digitized by Google

Si nos atuviéramos á la letra de los artículos 54 y 171, debería el Notario consignar la advertencia en todos los documentos que autoriza, ya que el primero de los citados artículos ordena que se habrán de presentar á la Oficina liquidadora todos los actos y contratos, *estén ó no sujetos al impuesto,* y el 171 dice que el Notario será castigado si no advierte á los interesados, *en todos los casos,* el deber que tienen de presentar los documentos á la liquidación. Nótese la fuerza del adverbio «en todos los casos», que parece excluir toda idea de excepción.

Sin embargo, si no estamos equivocados, debe distinguirse aquí otra vez entre los actos exentos por sí mismos y los que lo están por ser parte integrante ó nueva faz del que ya pagó.

Tratándose de los actos exentos por sí mismos, como, por ejemplo, un poder ó el protesto de una letra, sería el colmo del ridículo advertir á los interesados que han de presentar el documento á la liquidación cuando al incumplimiento de tal deber, á la no presentación, no sigue sanción alguna. En efecto; no podría exigírseles á los interesados ni multa ni intereses de demora, porque estas cosas consisten en un tanto por ciento de la cuota liquidada para el Tesoro y no hay tal cuota siendo el acto exento. No produciría tampoco el incumplimiento, ó sea la no presentación, el efecto de que no pudiera ser admitido el documento en los Juzgados y Tribunales, Oficinas y Corporaciones, porque, conforme ya hemos dicho, en la práctica, ateniéndose estrictamente á lo mandado en el artículo 152, se admiten esta clase de documentos sin la nota de exención del Liquidador.

Digitized by Google

En cuanto á los actos exentos por ser parte integrante ó nueva faz de otro que ya pagó, es verdad que á este acto, si no se presenta á la liquidación, tampoco pueden aplicársele las penas de multa é intereses de demora, porque falta la base para ello, que es la cuota que debería percibir el Tesoro como impuesto; pero ya cabe la otra sanción de que el documento, sin la nota del Liquidador, no será admitido en los Juzgados y Tribunales, Oficinas y Corporaciones. Nótese que el artículo 152 no dice precisamente que el documento ha de estar sujeto al impuesto, sino que por virtud del mismo se han de constituir, transmitir, reconocer, modificar ó extinguir derechos reales ó meramente transmitir bienes inmuebles ó muebles. Si el citado artículo 152 dijera lo primero no vendrían comprendidos en él los documentos de que ahora estamos tratando; pero diciendo lo segundo por fuerza los ha de comprender. Ya no sería el documento de los que están exentos, por ser el acto en él contenido parte integrante ó nueva faz del que pagó, sino de los que están exentos por sí mismos y en todos los casos, si por virtud del mismo no se constituyeran, transmitieran, reconocieran, modificaran ni extinguieran derechos reales ni se transmitiesen tampoco bienes de ninguna clase.

Tal vez se diga que en esta clase de documentos, por ser parte integrante ó nueva faz del que ya pagó, podría el Notario omitir la advertencia de que estamos tratando si hacía constar en el documento exento que el acto principal ó anterior á que éste se refiere pagó ya el impuesto, porque entonces la presentación á la Oficina liquidadora de aquel docu-

Digitized by Google

mento vendría á ser innecesaria. Poco á poco. Un razonamiento de esta índole no puede admitirse. Como ya decíamos al tratar del oficio de Inspector, una declaración tal, hecha por el Depositario de la fe pública, no haría admisible aquel documento en los Juzgados y Tribunales, Oficinas y Corporaciones, porque estas entidades, para saber si han de admitir ó no los documentos, atenderán á la nota puesta por el Liquidador del impuesto; no á la declaración que hiciere el Notario, usurpando funciones que no le son propias.

No consideramos dudoso el caso en que se trata de un acto cuya liquidación haya de aplazarse por estar comprendido en el artículo 52. Ya se mire el caso desde el artículo 171, ya desde el artículo 152, en tales documentos se habrá de advertir que deben presentarse á la Oficina liquidadora.

Cuando el Notario autoriza un documento en que se hace constar la realización ó cumplimiento de una condición suspensiva de la cual dependía un acto sujeto al impuesto; condición que había motivado que la liquidación fuese aplazada, ¿deberá ponerse nueva advertencia relativa á la presentación en la Oficina liquidadora? A primera vista parece que no, porque los interesados ya fueron advertidos al otorgarse el documento anterior en que se estipuló el acto condicional. Por añadidura, en aquel documento que se exhibe al Notario hay la nota de la Oficina liquidadora que les advierte á los interesados que la liquidación del impuesto se aplaza hasta el cumplimiento de la condición. Sin embargo, como á Segura le llevaban preso, pondríamos nosotros la advertencia.

Digitized by Google

Adviértase que el Notario, como Pregonero, ninguna obligación tiene en el caso de ver que están equivocadas las notas de liquidación del documento que se le presenta. Aunque la liquidación haya sido mal hecha ó haya sido declarado indebidamente exento el acto, ó se haya suspendido la liquidación sin motivo, el Notario no debe consignar cosa alguna referente á tales equivocaciones en el documento que autoriza. No es fiscal, como decíamos, de los actos del Liquidador.

Contenido de la advertencia.—¿Qué es lo que debe advertir el Notario á los interesados?

Según el artículo 149, los plazos que el Reglamento señala para presentar el documento á la Oficina liquidadora y las responsabilidades en que se incurre no presentándolo.

Pero ¿no se les ha de advertir á los interesados cosa alguna más? ¿No hay que advertirles la sanción establecida en el artículo 54? Este artículo 54 dice que los documentos que se hayan presentado á la liquidación no serán admitidos en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, ni en las oficinas y corporaciones del Municipio, de la Provincia ó del Estado.

Hablando con toda propiedad, la sanción del artículo 54 no viene comprendida en la palabra *responsabilidad* que emplea el artículo 149; por tanto, cabría decir que no debe el Notario recordar á los interesados que el documento, si no se presenta á la Oficina liquidadora, no será admitido en los Juzgados y Tribunales, Oficinas y Corporaciones.

Sin embargo, creemos que se interpretaría me-

Digitized by Google

jor el Reglamento considerando que el legislador, en el artículo 149, se ha valido de una palabra impropia. La impropiedad de lenguaje no es rara en esta clase de disposiciones redactadas, al parecer, á vuela pluma, ó sea sin poner en el empleo de las voces aquel cuidado que es del todo indispensable cuando se trata de cosas de tanta importancia. Además, el artículo 171, al decir que el Notario será castigado si no hace la advertencia, dice que en ésta han de venir expresadas las penas en que incurren los interesados no presentando los documentos á la liquidación, y dentro de la palabra *pena* cabe ya perfectamente la sanción del artículo 54.

¿Deberá advertir el Notario á los interesados que si después de presentado el documento á la liquidación no pagan el correspondiente impuesto dentro de los diez y seis días siguientes al en que la liquidación se practique incurrirán en otra multa del diez por ciento?

Es cierto que el artículo 166 establece dicha pena por la falta de pago cuando se ha hecho la presentación; pero en los artículos 149 y 171, que tratan de la advertencia que debe hacer el Notario, no se habla más que de las penas señaladas á la no presentación de documentos. Y se comprende perfectamente que el legislador no haya creído indispensable que el Notario advirtiera á los interesados la pena impuesta á los morosos en el pago después de hecha la presentación: ha creído que quien estuviere enterado del deber de presentar el documento lo estaría del objeto que ésta tiene, que es el pago del impuesto. Además, en la Oficina liquidadora no dejarán de advertirle al interesado, cuando presente el docu-

Digitized by Google

mento, que dentro de tantos días habrá de verificar el pago.

La advertencia, pues, la formularíamos nosotros de este modo: «Quedan advertidas las partes del deber que tienen de presentar esta escritura dentro de los treinta días hábiles siguientes al de su fecha (si fuese un inventario diríamos «dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del D. Fulano de Tal») en la Oficina liquidadora del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes del partido Tal para la liquidación y pago de dicho impuesto, y de que no cumpliendo el indicado deber dentro del término referido, incurrirán en la multa del diez por ciento sobre la cuota liquidada para el Tesoro y pago de los correspondientes intereses de demora á razón del seis por ciento anual, y que ya entonces, sin llenar previamente la formalidad de la presentación en la Oficina liquidadora, no será la propia escritura admitida en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales ni en las oficinas y corporaciones del Municipio, de la Provincia ó del Estado.»

Entiéndase que la advertencia que acabamos de consignar es para los casos que más frecuentemente se presentarán de estar el acto sujeto al impuesto sin que la liquidación se haya aplazado ni deba aplazarse; pero no se olvide que, conforme hemos dicho, pueden presentársele al Notario otras tres clases de documentos en que haya de poner advertencia referente á la presentación en la Oficina liquidadora. Estas tres clases de documentos son: 1.° Aquel que está exento por contener un acto que es parte integrante ó nueva faz del que ya pagó. 2.° Aquel cuya

Digitized by Google

liquidación debe ser aplazada como comprendido en el artículo 52. Y 3.º Aquel en que se hace constar el cumplimiento de la condición que había motivado el aplazamiento de la liquidación.

En el primero de estos tres actos, suprimiendo todo lo relativo á la multa é interés de demora, que, conforme decíamos arriba, no podrían exigirse por faltar la base de ellos, que es la cuota liquidada para el Tesoro, formularíamos la advertencia diciendo: «Quedan advertidas las partes del deber que tienen de presentar esta escritura, dentro de los treinta días hábiles siguientes al de su fecha, en la Oficina liquidadora del impuesto de derechos reales y transmisiones de bienes del partido Tal, para que en ella se ponga la correspondiente nota de exención, y de que, transcurrido dicho término sin haber cumplido el deber indicado, ya la propia escritura no será admitida en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales ni en las oficinas y corporaciones del Municipio, de la Provincia ó del Estado.»

En el caso de haberse de aplazar la liquidación, teniendo en cuenta que, por no presentar el documento en la Oficina liquidadora antes de que la condición se realice, no se incurre todavía en multa ni en el pago de intereses de demora, redactaríamos la advertencia como en el caso anterior, cambiando sólo la palabra «nota de exención» por la de «nota de suspenderse la liquidación.»

En el caso de constar en el documento el cumplimiento de la condición suspensiva que había hecho suspender ó aplazar la liquidación, haríamos la advertencia, diciendo: «Quedan advertidas las partes de que dentro de tantos días (los que faltaren á trans-

Digitized by Google

currir de los diez y seis siguientes al cumplimiento de la condición que había sido causa de que la liquidación se aplazara) deberá esta escritura presentarse en la Oficina liquidadora del impuesto de derechos reales,» etc. (como la primera fórmula).

Digitized by Google

El Notario-inscripción

Si nos fuese lícito comparar la vida jurídica á una representación teatral, diríamos que al Notario se le considera como un partiquín, ó, si no se quiere rebajarle tanto, como un actor genérico que lo mismo sirve para un barrido que para un fregado.

¿Que falta quien desempeñe el papel de pregonero? El Notario servirá para eso. ¿Que ha de salir á la escena un Inspector de la Hacienda? El Notario se encargará de este papel. ¿Que ha de aparecer un delator? Cargue el Notario con el airoso y simpático oficio. ¿Se necesita suplir una inscripción para que no se diga que se quebranta el principio de publicidad adoptado por la Ley Hipotecaria? Transfórmese el Notario en libro del Registro de la Propiedad donde el que contrata halle consignado lo que le interesa saber.

Estos oficios, extraños á las funciones notariales, no tienen todos igual gravedad ni la misma funesta trascendencia para el Depositario de la fe pública. El que menos le perjudica y desdora es el que va á ocuparnos hoy, el oficio de inscripción.

No se crea, sin embargo, que consideramos acer-

Digitized by Google

tada la imposición de semejante oficio al Notario. Esta inscripción en que el Notario se transforma, es ambigua é inexacta á veces, y, por añadidura, es inútil en todos los casos. Intentaremos demostrarlo; pero transcribamos antes los textos legales.

Dice el artículo 18 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro: «En toda escritura, por la cual se enajene ó grave la propiedad de bienes inmuebles, se hará expresa reserva de la hipoteca legal, en cuya virtud tienen el Estado, la Provincia y el Municipio preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de la última anualidad del impuesto repartido y no satisfecho por los mismos bienes. Si éstos estuvieren asegurados, se hará igual reserva á favor del asegurador por los premios del seguro correspondientes á los dos últimos años, si no estuviesen satisfechos, ó de los dos últimos dividendos si el seguro fuese mutuo.»

El artículo que acabamos de transcribir lo informan el 218 y el 220 de la Ley Hipotecaria, que dicen respectivamente: «El Estado, las provincias ó los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que graven á los inmuebles.» «Mientras no se devenguen los premios de los dos años, ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos.»

Respecto de la transcrita disposición del artículo 218 dicen los Sres. Galindo y Escosura, autorizados comentadores de nuestra legislación hipotecaria, que, á su entender, no habiendo otro impuesto anual ó periódico que la contribución, esta última

Digitized by Google

palabra y no la de impuesto, debía haber empleado la ley. Creemos, también, que debió decirse contribución y no impuesto; mas para opinar así nos fundamos en otras razones que las expuestas por los citados autores.

La ley habla no sólo del Estado, sino también de la Provincia y del Municipio; sabido es que los municipios exigen impuestos ó tributos periódicos, anuales; tal es el de los consumos. Luego si fuese cierto que todo tributo periódico ó anual debe llamarse contribución, llevaría este nombre el de los consumos. Sin discutir aquí si es más propio designar con el nombre impuesto ó con el de contribución á los consumos, diremos, sin embargo, que este tributo no puede considerarse comprendido en el citado artículo 218 de la Ley Hipotecaria, porque dicho artículo habla de impuestos que gravan á los inmuebles; no de los que gravan á las personas, como los consumos.

Por este mismo motivo de no gravar á los inmuebles, tampoco se considera comprendida en el repetido artículo 218 la contribución industrial.

Aquí hemos de hacer observar que mandándose poner en la advertencia de las escrituras notariales la palabra impuesto en vez de contribución, que sería la voz propia ó más adecuada, se da origen con esta ambiguedad ó falta de precisión á errores como el que nosotros hemos presenciado. Nosotros hemos visto sostener que en un procedimiento de apremio por consumos, el débito al Municipio había de ser preferido á una hipoteca constituída é inscrita sobre la finca objeto de la ejecución.

Y obsérvese que no vale decir que la palabra im-

Digitized by Google

puesto se emplea á fin de que vaya comprendida en la advertencia el llamado de derechos reales y transmisión de bienes, impuesto que goza también el privilegio de poderse exigir á cualquier poseedor, según lo prescrito en el artículo 51 de su Reglamento, porque si así fuese, no debía emplearse en el artículo 18 de la Instrucción ni en el 218 de la Ley Hipotecaria, que lo informa, las palabras una ó última anualidad, que tampoco cuadran á la percepción del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes. Como observan muy atinadamente los Sres. Galindo y Escosura, el impuesto de derechos reales no es un tributo que haya de pagarse periodicamete ó por anualidades, sino al realizarse ciertos actos determinados en su Reglamento.

Podrá ser que la palabra genérica impuesto se haya empleado con el fin de que en ella viniesen comprendidos los arbitrios especiales de ciertas provincias de que luego hablaremos, exigidos directamente al propietario con nombre distinto del de contribución. Aunque así fuese, valía la pena de distinguir diciendo que en todas las provincias se reservase la hipoteca para el pago de la contribución y que además en las provincias que tuvieren arbitrios especiales sobre la propiedad autorizados por la ley, se incluyesen en la reserva de hipoteca estos arbitrios.

Sentado ya que el artículo 218 de la Ley Hipotecaria para la generalidad de las provincias, no ha querido referirse más que á la contribución territorial por ser este el único de los tributos periódicos que grava á los inmuebles, ¿debía el artículo 18 de la Instrucción mandar, sin distinción de ninguna especie, que en todo el territorio español se reservase

Digitized by Google

la hipoteca legal de que estamos tratando á favor del Estado, de la Provincia y del Municipio?

Los municipios no cobran directamente contribución territorial; sin embargo, como están facultados para imponer é imponen un recargo sobre la impuesta por el Estado, podría decirse que por este recargo ha querido el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, que los municipios gozaran también de hipoteca privilegiada.

Las provincias, en general, no cobran del contribuyente, de un modo directo, tributos de ninguna especie. Los repartimientos entre los pueblos, que les autoriza hacer la Ley Provincial, no tienen seguramente este carácter. Tal vez se haya puesto el nombre «Provincia» por querer el legislador que goce esta entidad del privilegio allí donde por virtud de arbitrios especiales, también autorizados por dicha Ley Provincial, la Provincia cobrase directamente del contribuyente como propietario algún impuesto ó contribución. Si así es, no habría estado de más ordenar en la Instrucción que la palabra *Provincia* se añadiera allí donde las provincias tuviesen tal facultad. Obligando á consignarla dicha palabra en todo el territorio de España, resulta no sólo que muchas veces se habrán reservado hipotecas legales por una contribución ó impuesto que no existe, sino que con ello puede darse lugar á que se forme cualquiera una idea equivocada de nuestro actual sistema de tributación.

A fuer de imparciales hemos de reconocer aquí algo bueno que encontramos en el artículo 18 de la Instrucción. La manera como está redactado el artículo 218 de la Ley Hipotecaria, podría originar la

Digitized by Google

duda de si la hipoteca legal á favor del Estado y del Municipio es individual para cada una de las fincas ó solidaria entre todas las de un mismo deudor, ó solidaria, al menos, entre las de un deudor situadas en el mismo término municipal.

Los Sres. Galindo y Escosura, rechazando la segunda de dichas hipótesis, porque conduciría al sistema antiguo de los gravámenes ocultos, aceptan la tercera, que, á su juicio, no adolece de tal defecto. No estamos conformes con semejante opinión y dicho sea esto con todo el respeto que nos merecen aquellos ilustrados comentadores. Dicen ellos: tratándose de fincas situadas en un mismo término municipal, como todas irán incluídas en un talón, acreditándose el pago de la contribución repartida á la finca que es objeto del contrato, se acreditará también el pago de la contribución repartida á las demás fincas á cuya solvencia vendría obligada aquella por efecto de la solidaridad.

Obsérvese, ante todo, que este argumento ya no podría emplearse cuando se tratare de contribuciones devengadas después que se otorgó é inscribió el título postergado por virtud del privilegio del Estado y del Municipio. Un sujeto teniendo una sola finca la hipoteca; presentando el recibo de la contribución sabe el acreedor que en aquel momento no existen cuotas de aquel tributo que hayan de serle preferidas; sabe también que al vencimiento de su crédito, *si nada se cambia*, podrá serle preferida únicamente la anualidad de la contribución repartida por aquella finca que se hipoteca á su favor. Pero si el deudor adquiere otras fincas en el término municipal ¿por ventura la finca hipotecada cuando viniere el caso de

Digitized by Google

hacerse efectiva su responsabilidad no respondería de la contribución repartida y no satisfecha por estas otras fincas?

Pero hay más; ni siquiera es irrefutable dicho argumento tratándose de contribuciones devengadas ya al tiempo de otorgarse é inscribirse el título pospuesto al importe de la contribución. De la manera como están los amilláramientos, es bastante frecuente encontrarse una persona pagando dos ó más talones ó recibos de contribución territorial en un mismo término municipal; el uno de dichos recibos va extendido á favor de su padre ó causante, el otro á su nombre. Casos como este hemos visto muchos nosotros y se comprende muy bien que existan dada la desidia que reina en materia de amillaramientos. Uno compra una finca; instigado por el vendedor que quiere no se le vaya á exigir la contribución en lo sucesivo, presenta el título de compra á la Secretaría del Ayuntamiento ó á la Comisión de evaluación y riqueza, pidiendo que en el amillaramiento se haga constar este traspaso de la finca. Después fallece el padre del comprador instituyendo á éste heredero; como aquí no hay quien inste para librarse del pago de la contribución, no se pide que en el amillaramiento se haga constar que las fincas del difunto han pasado á su heredero. Éste, que es el comprador antes mencionado, vende la finca que compró y muestra el recibo en que consta que ha pagado por aquella finca el último trimestre de contribución. Siguiendo la opinión de Galindo y Escosura ¿no se encontraría burlado el acreedor, ya que á su crédito habrían de anteponerse las cuotas de contribución repartidas en el último año por las fincas que el deudor había heredado de su padre?

Digitized by Google

Por otra parte es de notar que aun cuando no existiera en los amillaramientos la incuria que acabamos de indicar, hoy, pagándose por separado la contribución urbana de la rústica, también vendría al suelo el argumento de Galindo y Escosura siempre que se tratara de un vendedor que tuviese en el mismo término municipal fincas rústicas y fincas urbanas.

Nosotros, más parcos en lo de dilatar ó extender los privilegios que, no siempre con razón se adjudica el Estado, diríamos que en este punto rige la doctrina general referente á la solidaridad de las fincas. Cuando dos fincas pertenecen á un mismo dueño, por este mero hecho no se establace entre ellas relación alguna de solidaridad. La solidaridad provendrá, en todo caso, de haberse unido dos ó más fincas como formando una sola; y, aun entonces, es de observar que si bien la accesoria responde de las obligaciones contraídas por la principal, por el sabido principio *accesorium sequitur natura et jus rei principalis,* ya no cabe sentar la recíproca ó sea que la finca principal esté tenida al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la accesoria. Por consiguiente, en el caso que tratamos, no suponiéndose entre las fincas otro lazo que el de estar todas en poder de un mismo dueño y sitas en un mismo término municipal, no han de responder las unas de la contribución impuesta á las otras.

Pues bién, esta interpretación del artículo 218 de la Ley Hipotecaria la encontramos en el 18 de la Instrucción, que, al emplear las palabras «repartido y no satisfecho por los mismos bienes» aleja toda idea de solidaridad. Por esto decíamos antes que

Digitized by Google

habíamos encontrado algo bueno en el artículo 18 de la Instrucción.

La preferencia de que gozan el Estado, las provincias y los municipios, ¿se limita á la contribución devengada ya al otorgarse el título inscrito que habrá de ser postergado en virtud del privilegio, ó se extiende también á la que se devengue después de dicho otorgamiento? Por el primero de estos extremos habríamos de declararnos, si nos atuviésemos al artículo 18 de la Instrucción, pues que dice este artículo que la reserva la haga el Notario para el cobro de la última anualidad de los impuestos repartidos y no satisfechos; palabras que parecen indicar que se trata de impuestos ya repartidos en el momento de otorgarse la escritura de enajenación ó gravamen que habrá de ser postergada en virtud del privilegio. Y acaba de confirmar esta creencia el mismo artículo, cuando más abajo, tratando de la hipoteca de los aseguradores, dice que esta hipoteca de los aseguradores se reserve, si no *estuvieren satisfechos* los premios del seguro correspondientes á los dos últimos años; porque á *contrario sensu*, si las primas de los dos últimos años *estuvieran satisfechas*, ya no se habrá de reservar la hipoteca; y aplicando este mismo criterio á la hipoteca legal del Estado, de la Provincia y del Municipio, cabe decir que ésta tampoco se habrá de reservar si el que hipoteca ó grava la finca estuviese corriente en el pago de las contribuciones. Esta interpretación, á nuestro juicio, no puede admitirse.

¿Cuál es el fundamento del privilegio concedido en la Ley Hipotecaria al Estado, á las provincias y á los municipios? Aunque la Comisión en la Expo-

Digitized by Google

sición de motivos lo diga, no podemos creer que á dichas entidades se les haya reconocido en la mencionada ley este privilegio por ser personas morales, ya que tantas otras personas de esta clase existen que no gozan de semejante privilegio en aquella ley. Tampoco cabe decir que el privilegio se concede al Estado por ser el organismo superior ó sea la sociedad organizada para la realización del Derecho, porque, en primer lugar, quedaría entonces sin explicación el privilegio de las provincias y de los municipios, y, en segundo lugar, porque encontramos al mismo Estado en muchos casos sin gozar de privilegio semejante en la Ley Hipotecaria.

Creemos más bien que los autores de la repetida ley, participando de las ideas de los que consideran la contribución y, en general, los impuestos, como una especie de prima del seguro, discurrirían poco más ó menos de este modo: el que adquiere una obligación sobre un inmueble tiene, naturalmente, interés en que el inmueble se conserve, ¿que hacen el Estado, la Provincia y el Municipio sino conservar los bienes con su vigilancia y protección? ¿y qué es el impuesto más que la retribución de este trabajo ó servicio? Luego, así como se concede preferencia al acreedor refaccionario porque con la refacción se conserva la finca, así también debe concederse al Estado, á la Provincia y al Municipio por la prima del seguro que denominamos impuesto.

Equiparados los impuestos á un crédito refaccionario, venía una segunda parte. La Ley Hipotecaria, guiada por el principio de que quien primero inscribe es preferido, corolario del principio fundamental de la publicidad, ha reducido el derecho del acree-

Digitized by Google

dor refaccionario de la legislación antigua á una simple anotación preventiva que da, no obstante, preferencia sobre los acreedores anteriores en lo que el precio obtenido por la venta judicial de la finca escede al valor que ésta tenía en el momento de la refacción. ¿Debía sufrir semejante transformación el privilegio del Estado, de las provincias y de los municipios por razón de los impuestos?

Los trámites que en la anotación del crédito refaccionario deben seguirse para fijar el valor de la finca en el caso de no prestarse á ello buenamente todos los interesados ocasiona algunos gastos. Estos gastos pueden soportarse si la operación ha de hacerse una vez; pero tratándose del privilegio que estamos examinando, la operación se habría tenido que repetir cada año. Por otra parte, aquí las cantidades que hayan de anteponerse á los acreedores anteriores son relativamente insignificantes (parece que este calificativo de insignificantes puede dárseles á las cuotas de la contribución ó del impuesto con respecto al valor de la finca). Todas estas consideraciones podían inducir muy bien á la Comisión redactora de la Ley Hipotecaria á conservar el privilegio del Estado, de las provincias y de los municipios por razón de impuestos ó contribuciones con el mismo carácter que tenía en la legislación antigua el crédito refaccionario, esto es, con el de haber de ser preferido á todos los créditos anteriores sin distinguir entre el valor que tenía la finca refaccionada antes de la reparación y el que tuvo después que la reparación se practicó.

He aquí por qué no queríamos admitir poco ha que este privilegio se les hubiese concedido al Estado,

Digitized by Google

á las provincias y á los municipios por ser personas morales. El privilegio se les concede seguramente, y consiste en no haberse adoptado respecto de la contribución ó impuesto, las medidas que respecto del crédito refaccionario se han establecido para armonizarlo con los principios de la Ley Hipotecaria; pero este privilegio, si se les concede á dichas entidades, no es por ser personas morales ó jurídicas, sino por las razones que superficialmente acabamos de exponer.

Ahora bien, si lo que acabamos de indicar es cierto, la preferencia no se limita á las cuotas devengadas al tiempo de otorgarse el título que habrá de ser pospuesto en virtud del privilegio. La razón está en que así sucedía antiguamente tratándose de créditos refaccionarios. En la legislación antigua, como ya en otro escrito nuestro hacíamos observar, existía, respecto de este punto, una doctrina que puede compararse á lo que en el estudio de la generación de los seres se conoce con el nombre de teoría del encajonamiento; esto es, en un concurso de dos ó más obligaciones reales sobre una misma finca, con el objeto de determinar entre ellas y sus accesorias la preferencia, se consideraba que al constituirse una obligación hipotecaria existían ya como formadas ó nacidas todas las prestaciones periódicas que esta obligación habría de devengar en lo futuro.

En el caso del crédito refaccionario no podía dejar de aplicarse esta doctrina si el crédito devengaba interés, y aun, respecto de tal caso, es de notar que, meditándolo bien, se comprende que más merecían el privilegio los intereses devengados después de otorgado el título que debía ser postergado que los

Digitized by Google

devengados con anterioridad. Es verdad que el prestamista, cuyo título se posterga, no habría podido conseguir que se hipotecara á su favor la finca si ésta, por falta de refacción, se hubiese derruído; pero entonces á dicho prestamista le quedaba aún el recurso de no celebrar el contrato, no prestar su dinero. Cuando se le favorece realmente al prestamista es cuando se conserva, por medio de la refacción, la finca que tiene hipotecada á su favor, porque entonces no es ya libre de celebrar ó no el contrato; entonces tiene ya desembolsado el dinero.

Concluimos de todo esto que en el privilegio del Estado, de las provincias y de los municipios vienen comprendidos, no sólo las contribuciones ó impuestos devengados antes de otorgarse el título que habrá de ser postergado en virtud del privilegio, sino también los devengados con posterioridad á dicho otorgamiento.

Es verdad que contra esta conclusión podría aún alegarse la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria. La Exposición no apoya en manera alguna la doctrina que acabamos de exponer; antes bien parece rechazarla. Sin embargo, téngase en cuenta que el lenguaje de la Exposición se explica considerando que sus autores se fijaron allí tan sólo en uno de los dos casos que pueden presentarse en la cuestión que nos ocupa, en el de enajenarse la finca; pero el no haberse fijado los expositores en el otro caso que se puede presentar, en el de solamente gravarse la finca, no quiere decir que al hacerse efectiva la responsabilidad de ésta, dados los términos generales y tan latos del artículo 218, y mediando las razones antes ligeramente indicadas, no hayan de conside-

Digitized by Google

rarse comprendidas en el privilegio las cuotas devengadas después de la otorgación del título postergado en que simplemente se constituye un gravamen.

La preferencia que estamos examinando, concedida al Estado, á las provincias y á los municipios, ¿quebranta el principio de publicidad de la legislación inmobiliaria?

Para nosotros, que en otro estudio *(La Protección del Derecho Inmobiliario)* hemos considerado como materia no ignorable lo dispuesto por las leyes, no ofrece esto duda alguna. Si los gravámenes impuestos por los particulares, aunque sean expresos, y muy expresos, pueden calificarse de ocultos no constando inscritos en el Registro de la Propiedad, los impuestos por la ley, á cuya clase pertenecen los que examinamos, aunque tácitos, serán siempre públicos, por la obligación que todo el mundo tiene de saber el Derecho.

Mas debe tenerse en cuenta que la cuestión ya no se presenta tan clara mirada desde el terreno en que se coloca la Ley Hipotecaria que nos rige. Esta ley permite ignorar que el dueño directo, por disposición del Derecho, tiene la fadiga ó tanteo; permite igualmente que se ignore que el donador, por disposición también del Derecho, tiene la facultad de revocar la donación en caso de ingratitud ó superveniencia de hijos, etc., etc.; de cuales permisos costaría poco sacar como consecuencia que la Ley Hipotecaria, confundiendo lastimosamente los gravámenes tácitos legales con los ocultos, considera que tanto los unos como los otros quebrantan el principio de publicidad por ella proclamado.

Digitized by Google

No es tanto de extrañar, pues, que los autores de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro creyesen que la Ley Hipotecaria había relevado á los interesados en la obligación de saber la preferencia que el Estado, las provincias y los pueblos tienen para el cobro de la última anualidad del impuesto; preferencia que al fin y al cabo es un gravamen tácito legal; y que, conforme á esta creencia, redactaran el artículo 18 para dar el carácter de público al precepto del artículo 114 de la ley dicha, como por medio del artículo 36 habían tratado de dar igual carácter á los preceptos de los artículos 218 y 220 de la propia ley.

Sin embargo, nosotros hubiéramos procedido de otro modo. Habríamos dicho: Es verdad que la Ley Hipotecaria permite ignorar algunos preceptos legales; mas éstos han de considerarse como casos de excepción, porque el principio general sentado por la legislación antigua de que á nadie le es lícito ignorar el Derecho no lo ha derogado seguramente aquella ley. Por consiguiente, dicho principio general rige en el caso de que se trata, ya que no ha sido expresamente exceptuado, y, conforme á este razonamiento, considerando á los contrayentes con obligación de saber la preferencia del Estado, de la Provincia y del Municipio para el cobro de la última anualidad de la contribución, no habríamos impuesto la obligación de reservar la hipoteca para el cobro de tales tributos.

Hasta aquí hemos tratado solamente del privilegio del Estado, de las provincias y de los pueblos. Veamos ahora el de los aseguradores.

Digitized by Google

Ante todo, hemos de examinar también aquí si el privilegio se limita á las primas ó dividendos devengados ya cuando se otorga el contrato que habrá de quedar postergado, ó si se extiende también á las que se devenguen después de dicho otorgamiento.

Ya al tratar del impuesto del Estado, de las provincias y de los pueblos, hemos visto que el artículo 18 de la Instrucción parece decir que el privilegio no comprende las primas y dividendos posteriores; pero también aquí podemos decir en contra de dicho artículo de la Instrucción lo que allí ya decíamos, esto es, que el fundamento del privilegio, que es asimismo la especie de analogía que el seguro tiene con la refacción, hace creer que el ánimo de los legisladores fué otorgar á los aseguradores el privilegio que en la legislación antigua tenía el acreedor refaccionario, privilegio que, conforme hemos visto, se extendía también á los intereses devengados después del otorgamiento, siendo aquí aplicable aún lo que al tratar de la contribución decíamos para hacer ver que más motivo hay para conceder el privilegio ó la preferencia tratándose de los intereses devengados después de haber sido otorgado el título que se pospone, que cuando se trata de los devengados anteriormente.

Esto es lo que, si no estamos equivocados, resulta de la legislación hipotecaria vigente. Sin embargo, hemos de hacer observar que, á nuestro juicio, no procedía equiparar totalmente en todos los casos las primas ó dividendos del seguro con las cuotas del impuesto ó contribución. Es verdad que hay cierta analogía entre el seguro y el crédito refaccionario; pero debe notarse que el acreedor refac-

Digitized by Google

cionario sólo tiene preferencia en lo que el precio obtenido por la venta de la finca excede al valor que ésta tenía antes de la refacción, mientras que el asegurador goza de preferencia en todo el valor que la finca tenga. Hay que tener en cuenta, además, que no puede alegarse aquí que sea siempre insignificante el importe de la prima, porque un seguro mutuo pactado entre pocos propietarios podría llegar á absorver una parte muy considerable del valor de la finca.

Dadas estas circunstancias eran precisas, á nuestro entender, ciertas precauciones con el fin de evitar que se convierta en un perjuicio para el que deberá ser postergado en virtud del privilegio lo que en beneficio suyo se ha introducido *quod in favorem introductum est non debet in illius odium retorqueri.* A nadie se le oculta que cuando se toma dinero prestado con hipoteca podría al vencimiento del préstamo salir, simulado ó verdadero, un contrato de seguro mutuo del cual resultaren deberse dos ó más dividendos importantes una parte considerable del valor de la finca. Todo el mundo ve ser muy posible que el que toma dinero prestado con hipoteca suscriba, después de firmado el préstamo, un seguro mutuo cuyos dividendos absorban asimismo una gran parte del valor de la finca.

¿Cuáles eran los medios de evitar estos perjuicios al que de buena fe contrata sobre inmuebles? Dejar que en los contratos de seguro en general rigiera el principio de que lo no inscrito no perjudica á tercero y dictar, con el carácter de excepciones, dos preceptos: 1.° Que tratándose de un seguro ya existente al celebrar el contrato el tercero, y tener

Digitized by Google

éste conocimiento del mismo, las dos últimas primas ó dividendos hubiesen de serle preferidos al hacerse efectiva la responsabilidad de la finca; la aquiescencia entonces equivale al consentimiento. 2.° Que en los seguros pactados, después de haberse otorgado el contrato del tercero, tuviese el asegurador la misma preferencia siempre que la prima ó dividendo anual no excediera de un tanto por ciento moderado, pero que si excedieren las primas ó dividendos de dicho tanto por ciento, para gozar de la repetida preferencia, fuese necesaria la inscripción del seguro en el Registro con el consentimiento del dueño del crédito anterior al que el privilegiado hubiese de perjudicar.

Claro es que en el caso de tener un mismo sujeto aseguradas dos ó más fincas, aunque el seguro lo haga una misma Compañía y aunque se refiera á la misma clase de siniestros, cada finca responderá de su prima ó dividendo, prescindiendo del que haya correspondido á las otras fincas aseguradas. Las razones que hemos expuesto al tratar de la hipoteca por razón del impuesto son del todo aplicables aquí.

El artículo 18 de la Instrucción, aun considerado dentro de la doctrina que resulta de la legislación hipotecaria vigente, de la cual no puede salirse, como es natural, lo encontramos deficiente en lo tocante á la hipoteca de los aseguradores. Dice dicho artículo: «Si los bienes estuvieren asegurados.» Tenemos por indudable que el Notario debe preguntar á los contrayentes si están los bienes asegurados; pero cuando las partes digan que no hay seguro, ni éste resulte tampoco de los documentos presentados, teniendo en cuenta que á pesar de ello podría suceder que el

Digitized by Google

seguro existiese, ¿deberá el Notario poner la advertencia de un modo condicional, esto es, diciendo que si resultan los bienes asegurados tendrán los aseguradores preferencia por los dos últimos dividendos ó por las dos últimas primas? ¿Deberá, al menos, el Notario en dicho caso consignar en la escritura que no se reserva la hipoteca á favor de los aseguradores por haberle manifestado las partes que no estaban asegurados los bienes ni resultar tampoco el seguro de los documentos presentados? Estas dudas podía haberlas evitado la Instrucción diciendo: «Cuando los interesados manifestaren, ó de los documentos presentados resultare que los bienes están asegurados, se hará igual reserva á favor del asegurador por los etc.» «Cuando de los documentos presentados no resultare el seguro y afirmaren, además, los contrayentes que éste no existe, el Notario cumplirá haciendo constar que no se reserva hipoteca á favor de los aseguradores por haber manifestado las partes que los bienes no están asegurados y no resultar tampoco seguro alguno de los documentos presentados».

Adviértase, sin embargo, que con la redacción que acabamos de proponer para el artículo 18 de la Instrucción, ésta no habría llenado su objeto. Desde luego hay que notar que aun cuando el Notario no reserve la hipoteca legal á favor de un seguro ya contratado, esta hipoteca la disfrutarán los aseguradores del mismo modo que si en la escritura se hubiese consignado la reserva. Si se diera el caso de existir un seguro contratado, la manifestación del Notario de que no se reserva la hipoteca legal á favor de los aseguradores ¿no vendría en cierto modo

Digitized by Google

á engañar al que contrata, toda vez que éste con tal manifestación creería que ya nada le pueden reclamar los aseguradores?

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, á pesar de las palabras empleadas por el artículo 18 de la Instrucción «si no estuvieren satisfechos los dos últimos años», de que ya antes nos hemos hecho cargo rechazando la limitación que en este punto hubiesen podido introducir, el artículo 220 de la Ley Hipotecaria, tal como está redactado, denota que el deudor que hipoteca la finca podrá después contratar un seguro cuyas primas ó dividendos gozarán de preferencia sobre los créditos anteriores.

Luego la Instrucción, si se proponía hacer llegar á conocimiento del que contrata toda la extensión del privilegio de los aseguradores contenido en el artículo 220 de la Ley Hipotecaria, había de suprimir la frase «si los bienes estuvieren asegurados»; había de mandar que el Notario, desentendiéndose de si están ó no asegurados los bienes, reservase en todos los casos la hipoteca legal á favor de los aseguradores. La diferencia tan sólo podía y debía estar en las primas ó dividendos que hubiesen de anunciarse como garantidos, con la hipoteca legal reservada, porque había de ordenarse que en las escrituras de enajenación la reserva se hiciera por las dos últimas primas ó dividendos devengados y no satisfechos hasta entonces, y que en las escrituras de gravamen se consignase quedar reservada la hipoteca por las dos últimas primas ó dividendos que al tiempo de hacerse efectiva la responsabilidad de la finca se hallasen devengados y no satisfechos.

Digitized by Google

Después de lo dicho al ocuparnos de la hipoteca legal á favor del Estado, de las provincias y de los pueblos, ocioso parece decir que también es completamente inútil la reserva de la hipoteca legal á favor de los aseguradores. El consignar en la escritura que no se hace la reserva porque los bienes no están asegurados (y con más motivo la simple omisión de la reserva) no libraría de la hipoteca tácita al adquirente si resultare luego que el seguro existe, y, al revés, la reserva de la hipoteca á favor de los aseguradores no haría nacer esta hipoteca en el caso de que el seguro no existiese. Luego el único efecto de esta advertencia ó reserva es hacerle saber al interesado lo que ya él no podía desconocer, ó sea la disposición del artículo 220 de la Ley Hipotecaria; luego es tan inútil esta advertencia como la de la hipoteca á favor del Estado, de las provincias y de los pueblos.

Una observación nos falta hacer relativamente á los gravámenes declarados á favor de los aseguradores y á favor del Estado, de las provincias y de los municipios.

Estos gravámenes son designados por la Ley Hipotecaria con el nombre de hipoteca. ¿Es aceptable semejante denominación?

Las fincas, ó, si se quiere, con más generalidad las entidades jurídicas, pueden estar tenidas al cumplimiento de obligaciones de dos maneras distintas: ya como obligadas directamente, en primer término; ya como deudores subsidiarios. Cuando la finca está obligada en primer término, directamente, entonces la obligación es para ella una carga intrínseca. Tenemos, al contrario, una carga extrínseca de la

Digitized by Google

finca cuando ésta se halla obligada tan sólo subsidiariamente.

La hipoteca es una carga extrínseca, la única que puede afectar á bienes inmuebles, porque responde de obligaciones que no pesan directamente sobre la finca. Cuando hay una finca hipotecada, si ésta desaparece, queda subsistente la obligación que la hipoteca aseguraba. ¿Ocurre esto, por ventura, en nuestro caso? ¿El impuesto se pagaría si la finca no existiese? ¿Se pagaría, en tal supuesto, la prima del seguro? Luego, llamando hipoteca á estos derechos del impuesto y de la prima del seguro se ha procedido tan desacertadamente como se procedería aplicando el mismo nombre á un censo ó á una servidumbre.

Digitized by Google

¿La legítima catalana afecta al tercero de derecho inscrito?

La legítima por Derecho romano, y también al principio aquí en Cataluña, era un condominio: los legitimarios tenían la cuarta parte en cada uno de los cuerpos hereditarios. Después en nuestro Principado se publicó la Constitución de Monzón del año 1547 facultando al heredero para pagar en metálico las legítimas. Con tal medida, la legítima se transformó de condominio en una carga intrínseca; vino á ser lo que se llama un derecho real, esto es, una obligación en que el sujeto pasivo es una ó varias entidades reales determinadas. Véanse en estos mismos *Estudios* los que llevan por epígrafe «*Definición de los llamados derechos reales*» y «*El artículo 22 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro.*»

Pero esta obligación real colectiva sobre los cuerpos hereditarios ¿será solidaria? Según los rigurosos principios del Derecho, no debería serlo.

Como decimos ya en el último de los dos estudios arriba citados, hay en el Derecho un principio según el cual, cuando se estipula una obligación de

Digitized by Google

la que se declaran deudores dos ó más personas, no pactándose lo contrario, la obligación se entiende ser mancomunada simple; y análogamente, al imponer la ley una obligación á dos ó más personas, si no dice lo contrario, se entenderán estas personas responsables de la obligación por partes iguales.

Pero si estos principios se hubiesen aplicado á nuestro caso habríase empeorado la situación del legitimario: antes, al menos, podía el legitimario reclamar la cuarta parte de cada uno de los cuerpos hereditarios, fuesen fincas, fuesen otra clase de bienes; ahora, si en la herencia hubiere una sola finca y 299 objetos muebles, ya no podría el legatario reclamar sobre aquella finca la cuarta parte en calidad de condominio, sino tan sólo la trecentésima parte del importe total de la legítima.

Por esto, teniendo en cuenta que la citada ley, facultando al heredero para pagar en metálico las legítimas, no se había dado en manera alguna para perjudicar al legitimario, debía decidirse que fuese solidaria entre los cuerpos hereditarios la obligación de pagar la legítima.

Tenemos, pues, que la legítima es un gravamen solidario para los bienes de la herencia; es una carga tácita ó legal, es decir, impuesta por la ley. Podríamos decir también que es una carga intrínseca, pero esto no importa al caso. Veamos si reuniendo los indicados caracteres de carga legal y solidaria ha de poder la legítima ser reclamada contra el tercero de derecho inscrito.

Lo de ser un gravamen tácito no es inconveniente poco ni mucho en un sistema hipotecario como el que nosotros profesamos (véase nuestro es-

Digitized by Google

tudio titulado *La Protección del Derecho Inmobiliario)*. En dicho sistema rige en absoluto el principio de que á nadie le es lícito ignorar el Derecho. La legítima es un gravamen condicional impuesto por la ley para el caso de existir hijos del testador. Luego el que contrata sobre los bienes de la herencia, por resultar de un precepto legal, que no puede desconocer, está ya advertido que la condición de dejar hijos el testador, si se ha realizado, habrá de perjudicarle.

El tercero tendrá dos medios para salir de tal incertidumbre: 1.° Asegurarse de que la condición no se ha realizado, es decir, de que no existen legitimarios. 2.° Asegurarse de que ha transcurrido el tiempo que los legitimarios tenían para contradecir la inscripción del Registro en que se afirma que no existen, porque aquí sería aplicable lo que en el citado estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario* decimos de las condiciones. El heredero, al inscribir la herencia, solicitándolo, podría conseguir que constase en el Registro que no hay legitimarios; podría también inscribirse la declaración que el mismo testador hiciere en el testamento de no tenerlos; pero en uno y otro caso les quedarían á los legitimarios cinco años para impugnar la afirmación á contar desde que ésta hubiese sido inscrita. Siendo de notar que el último de los dos medios indicados no le serviría en todos los casos al tercero de mala fe, porque, con arreglo al otro principio sentado en el repetido estudio *La Protección del Derecho Inmobiliario* de que al tercero el conocimiento que fuera del Registro hubiere adquirido de la causa invalidadora de su derecho puede también perjudicarle si procede tal conocimiento de su intervención en un do-

Digitized by Google

cumento fehaciente, resultaría que la sustantividad de la afirmación contenida en el Registro de que no existen legitimarios no le aprovecharía al tercero si éste hubiese intervenido en algún documento auténtico en que constare que los legitimarios existen.

La solidaridad entre dos ó más fincas no se opone en lo más mínimo á que el que contrata, el tercero, pueda saber la responsabilidad que sobre aquéllas pesa. Si se constituye un censo de veinte pesetas sobre dos fincas distintas diciendo que ambas fincas responden solidariamente del gravamen, el tercero ya sabe que á cualquiera de dichas fincas puede reclamarse la totalidad del censo. Véase nuestro ya citado estudio «*El artículo 22 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro*».

Sin embargo, tratándose de la legítima, en la solidaridad viene envuelta otra circunstancia: la de ser indeterminada la cuantía del gravamen. Las fincas, al igual que los demás cuerpos hereditarios, responden solidariamente de la legítima; pero ¿cuál es el importe de ésta?

Nótese que no se trata de una cantidad relativamente pequeña y cuyo importe pueda conocerse aproximadamente, como sucede en el privilegio otorgado al Estado, á las provincias y á los municipios para el cobro de la última anualidad de la contribución: en una herencia podrá haber fincas por valor de cuatro mil duros y muebles y papel-moneda que valgan veinte mil; la legítima entonces serán seis mil duros, es decir, una cantidad á que no llega el valor de los inmuebles.

En vista de esto, ¿habría de decirse que es prefe-

Digitized by Google

rible retornar al Derecho antiguo y proclamar que los legitimarios tienen condominio en los cuerpos hereditarios, porque así, al menos, se sabría la parte de finca que no pertenece al heredero; porque entonces podrían inscribirse las tres cuartas partes á favor del heredero y la cuarta parte restante á nombre de los legitimarios?

No; que esto traería la necesidad de justificar después por medio de expediente quiénes fuesen los que habrán de repartirse la legítima que se habría inscrito de momento á favor de los legitimarios sin nombrarlos, si es que no se había dejado de inscribir. Más tarde sería preciso que los legitimarios, ya dueños, según el Registro, de la legítima, vendiesen ó renunciasen su parte á favor del heredero. Una solución semejante, pues, importaría muchos gastos, y demasiados son ya los que actualmente hay que hacer para dejar inscritos en el Registro los derechos sobre inmuebles.

Tampoco alegaremos que el derecho de que se trata no es de los más recomendables; que hoy es ya casi opinión unánime la de que el padre debería ser enteramente libre de disponer de sus bienes, y que, partiendo de este principio, debiera estarse á lo que el padre dispusiera, y declarar, en consecuencia, que si quiere el padre que sus hijos tengan asegurada la legítima nadie le impide ordenar en el testamento que el heredero no pueda enajenar bienes de la herencia hasta que en el Registro aparezca haber los legatarios cobrado ó renunciado su derecho.

Afortunadamente, en un buen sistema hipotecario no hay necesidad de volver al estado anterior á

Digitized by Google

la ley de 1547, retorno que, como acabamos de decir, ocasionaría gastos de consideración, ni hay tampoco necesidad de reducir la legítima, mientras la misma se halle consinada en el Código Civil, á un simple *derecho personal*, que es lo que ocurriría si se dijera que los hijos, para reclamar su legítima contra un tercero de derecho inscrito, no tenían otro medio que la voluntad y previsión de su padre consignando en el testamento que el heredero no pudiera enajenar ni gravar los bienes hereditarios hasta tanto que aparezca en el Registro el pago ó la renuncia de los legitimarios. No; no hay necesidad ni de lo uno ni de lo otro, porque el desconocimiento de la cuantía del gravamen no impide que éste pueda perjudicar al tercero, si el tercero se halla advertido de que el gravamen existe. Todo se reduce entonces á considerar como gravada la finca por todo su valor. El heredero, si quiere que sean libres sus fincas ó alguna de ellas, ¿tiene que hacer otra cosa sino pagar á los legitimarios, ú obtener, al menos, de ellos la renuncia de su derecho?

Si del terreno constituyente pasamos ahora al constituído; si examinamos la cuestión dentro del Derecho positivo vigente, encontraremos que la pregunta formulada en el epígrafe del presente estudio debe ser contestada negativamente.

En primer lugar, la Ley Hipotecaria actual no puede proteger á los legitimarios por ser la legítima un gravamen no inscrito, porque dicha ley, al proclamar la publicidad como otra de las bases de su sistema, ha confundido lo no inscrito con lo oculto ó ignorado; no ha visto que tomaba sólo una manifestación del principio que en el terreno de la equi-

Digitized by Google

dad justifica las decisiones que recaigan en cuanto á la preferencia de los derechos inscritos.

Este principio equitativo es que quien sabe la existencia de un derecho no puede quejarse de que tal derecho le perjudique. Indudablemente el estar inscrito el derecho en el Registro permite presumir que el tercero lo conoce, porque en su mano estaba enterarse de lo que en el Registro aparece; pero ¿por qué no se presume igualmente que el tercero sabe los derechos emanados de la ley? ¿Acaso no hay obligación de saber el Derecho? ¿Por qué, además, no se declara que perjudica al tercero lo que el mismo sabe por conducto ó fuentes distintas de la Ley y del Registro cuando se prueba el conocimiento por medio de un documento auténtico? ¿Por qué, finalmente, no se declara que perjudican al tercero las tergiversaciones del Registro, cuando los hechos tergiversados son propios del tercero ó constituyen una cualidad del mismo?

No es este el momento á propósito para contestar á tales preguntas. Si las hemos hecho ha sido con el fin exclusivo de dejar sentado que la Ley Hipotecaria que nos rige, de las varias manifestaciones del gran principio citado, sólo ha visto una: la inscripción en el Registro de la Propiedad; y que por ello ha ordenado en su artículo 23 que los derechos no inscritos no podrán oponerse ni perjudicar á tercero. Al rigor de este precepto sacrifica el derecho de las mujeres casadas y el de los pupilos. ¿Qué razón habría para exceptuar el derecho de los legitimarios, mucho menos digno de protección en la inmensa mayoría de los casos?

Además, la legítima, según hemos visto, es una

Digitized by Google

carga de cuantía ignorada, y nuestra Ley Hipotecaria actual no admite cargas de semejante especie. Es verdad que esta doctrina de no admitir cargas de cuantía desconocida podría impugnarse en el terreno teórico con las razones que en otro de nuestros estudios alegamos, pero aquí estamos en el terreno del Derecho positivo, y no es ocasión de discutir el precepto, sino de aplicarlo, y, haciéndolo así, aplicando el precepto, no cabe admitir que la legítima, carga de cuantía desconocida, sea reclamada con perjuicio de tercero de derecho inscrito, porque con ello se infringiría la especialidad, una de las bases de la Ley Hipotecaria vigente.

No se alegue en favor de los legitimarios lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Hipotecaria, porque la mención, para surtir efectos, ha de consistir en expresar que el derecho existe; y del testamento inscrito á favor del heredero no resulta tal cosa. Del testamento no resulta nada aun cuando en él se mencionen los legitimarios ó se hagan legados en pago ó á cuenta de la legítima, porque podría muy bien ser que los legitimarios mencionados, ó á quienes se hacía el legado, hubiesen fallecido antes que el testador. Es la ley la que establece el derecho de legítima del modo condicional que antes hemos visto.

Pero queremos prescindir de esto; suponemos hecha la mención en virtud de la inscripción del testamento. ¿Qué resulta entonces? Resulta mencionada una carga de cuantía ignorada. Y no admitiendo la Ley Hipotecaria qué cargas de esta especie puedan inscribirse, ¿se querrá que surta efecto la sola mención de las mismas?

Digitized by Google

Nótese que hasta aquí hemos hablado de la legítima; no de los legados que el padre ordena á veces en pago de los derechos legitimarios. Si se tratase de esta clase de legados, dentro de la teoría del Derecho inmobiliario por nosotros profesada, no hay tampoco inconveniente para considerar á cualquiera de las fincas de la herencia responsable del legado. Éste viene á ser, en tal caso, un reconocimiento que el padre hace de estar debiendo por el concepto de legítima, es decir, en fuerza de una obligación real, una cantidad determinada.

Pero dentro del sistema que sigue la Ley Hipotecaria vigente, ni aun los legados de legítima podrán reclamarse al tercero de derecho inscrito.

Es verdad que ya no hay entonces obligación de cuantía ignorada (téngase presente que tratamos del legado, no de la legítima misma); pero queda aún la circunstancia de que de tal legado ó cantidad hayan de responder las fincas de la herencia solidariamente, y la Ley Hipotecaria, que permite ignorar cosas menos ignorables, como, por ejemplo, que al dueño directo le corresponde el derecho de fadiga, que al donador le corresponde el derecho de revocar la donación por ingratitud ó superveniencia de hijos, ¿con qué consecuencia le obligaría aquí al tercero á saber que por disposición de las leyes los cuerpos hereditarios responden solidariamente del legado de legítima?

Es verdad que podía haberse ocurrido á esta dificultad; es cierto que podía la Ley Hipotecaria ordenar á los registradores que, al inscribir las fincas hereditarias á nombre del heredero, hicieran constar en cada una de ellas que respondía solidariamente,

Digitized by Google

con las demás, de los legados tal y cual hechos en pago de la legítima, con lo cual el tercero ya no habría podido alegar que en el Registro no aparecía la responsabilidad solidaria del legado en pago de legítima; pero esta disposición no se ha dado.

Por esto nosotros estimamos que dentro del sistema hipotecario que nos rige, si un padre quiere que con la adquisición sobre los bienes hereditarios de algún derecho á favor de un tercero, sus hijos no puedan perder el legado que á su favor ordena, deberá recurrir al expediente que antes indicábamos, esto es, deberá prohibir al heredero enajenar y gravar las fincas hasta tanto que conste en el Registro que los legatarios de legítima han cobrado ó renunciado la manda.

Hasta aquí hemos examinado la cuestión en el supuesto de que la legítima es un *derecho real.* Tal vez se sostenga que es un condominio aún en nuestros días, á pesar de la citada Constitución de 1547, fundándose en que no hay inconveniente jurídico alguno en que un condueño tenga la facultad de expropiar á los otros partícipes en el dominio, abonándoles en dinero ó en especie el valor de lo expropiado. Acaso se diga también que, así antes como después de la dicha Constitución, la legítima es á la vez un condominio y un *derecho real* solidario entre los bienes de la herencia, es decir, que los legitimarios pueden reclamar la cuarta parte de cada uno de los cuerpos hereditarios, y que si el heredero enajena ú obliga á favor de un tercero algún cuerpo de la herencia, entonces, además, del condominio relegado ya en último término tienen los legatarios un derecho real para reclamar del heredero la indemni-

Digitized by Google

zación de la cuarta parte que les correspondía en los bienes enajenados ó agravados, alegando en favor de esta doctrina que el doble derecho del legitimario se ha establecido para no tener que molestar al tercero hasta el último extremo.

No discutiremos si semejantes doctrinas se hallaban ó no prohijadas por la jurisprudencia antigua; es más: reconocemos la afirmativa. La práctica constantemente seguida en nuestros Tribunales de condenar al heredero al pago de los frutos de la legítima no puede fundarse sino en que los legitimarios son condueños de los bienes hereditarios. Nuestros tratadistas antiguos sostenían que para fijar la legítima había de atenderse al valor que los bienes hereditarios tenían, no al fallecer el causante, sino al hacerse el pago de la legítima, y esta doctrina, que, dicho sea de paso, ha sido rechazada por el Tribunal Supremo, prueba también de un modo claro que nuestros mayores consideraban al legitimario como condueño, ya que á nadie se le ha ocurrido jamás que el tenedor de un simple derecho real haya de participar de los aumentos de valor de la finca sobre la cual radica su derecho.

Pero dejando á un lado que si el legitimario está ya suficientemente garantido con el que nosotros hemos llamado derecho real solidario ninguna necesidad había de reconocerle el condominio, con cuyo reconocimiento no se consigue otra cosa que hacer más complicada la solución del problema, ya que éstos se presentan tanto más sencillos cuanto menor es el número de factores que en ellos entran; prescindiendo de que el condominio reconocido en los legitimarios, si no es de cuantía ignorada, tiene ya el

Digitized by Google

inconveniente de atribuirles tan sólo la cuarta parte de la finca de que se trata, no el importe total de la legítima, preguntaremos: ¿Acaso el condominio no se habría de regir por las mismas reglas que acabamos de sentar? El condominio no inscrito del legatario ¿no sería un derecho oculto ó tácito establecido por la ley? Pues esto sería ya suficiente en el sistema hipotecario que nos rige para negar al legitimario su derecho de reclamar contra el tercero de derecho inscrito.

Digitized by Google

Fórmula del fideicomiso catalán

El fideicomiso catalán no es un mayorazgo; pero si no estamos equivocados al mayorazgo debe su existencia. Sucedería aquí lo del cuento idem de lienzo. Nuestros mayores, arrastrados por las ideas de su tiempo, sentirían el deseo de fundar mayorazgos. Desde luego se decidirían por el electivo en el caso de tener hijos el poseedor. Amantes como han sido siempre los catalanes de inspirar y fomentar el respeto y la sumisión de los hijos hacia los padres, querrían nuestros antepasados que tuviese el poseedor del mayorazgo un medio de estimular á los hijos á portarse bien y un medio de recompensar á los que mejor se hubiesen portado.

Este derecho de elección para que llene su objeto, que es el que acabamos de manifestar, debía extenderse hasta poder nombrar á los no hijos, porque podría el poseedor tener sólo un hijo y si no pudiese nombrar á un extraño, la facultad de elegir sería entonces ilusoria; podría suceder, también, que todos los hijos del poseedor se portasen mal y entonces el padre se encontraba con que, á pesar del derecho de elegir, no podía dejar sus bienes á un extraño, tal vez

Digitized by Google

pariente, que se había portado con él como un verdadero hijo. No hay que temer, por otra parte, que el padre haga un mal uso de esta facultad de poder nombrar por sucesor suyo á un extraño: un padre, sin justos y poderosísimos motivos, no deshereda á sus hijos.

Pero, y aquí viene la aplicación de lo del cuento antes aludido, los antiguos catalanes querían establecer mayorazgos sobre patrimonios de escaso valor, sobre patrimonios que no rendían lo suficiente para vivir con decoro; verían los tales mayorazquistas que sus hijos y demás descendientes, á causa del exiguo rendimiento del patrimonio, si se imposibilitaban para el trabajo ó venían sucesos que aumentasen considerablemente los gastos de la familia, podían encontrarse en la necesidad de vender ó gravar los bienes, y no queriendo en absoluto que en semejantes casos se hallasen impedidos los poseedores del mayorazgo de utilizarse de los bienes vinculados, buscaron la manera de conciliar las necesidades en que podían encontrarse los poseedores con su idea de vinculación, y el modo de conciliar lo encontraron en un sentimiento muy arraigado en todos los habitantes de este Principado.

El catalán, particularmente el que habita en las poblaciones rurales, tiene un fuerte deseo de ser propietario; como consecuencia de este deseo vehemente no se desprende de su propiedad hasta el último extremo. Muchos ejemplos podríamos citar de paisanos nuestros que hemos visto pidiendo limosna y sufriendo toda suerte de privaciones, sin ocurrírseles que podían mejorar su situación vendiendo el reducido patrimonio que les dejaron sus padres; patrimonio que, lejos de producirles utilidad, absorvía

Digitized by Google

parte de lo que la caridad pública hacía llegar á sus manos y que tan necesario les era hasta para comer. En estas personas y en muchísimas otras, que sin llegar al extremo indicado, sienten y piensan como ellas, hay una especie de orgullo en legar á sus hijos el patrimonio que recibieron de sus progenitores.

Pues en este sentimiento, más general de lo que podría creerse, vieron nuestros mayores el medio de conciliación antes indicado. Dijeron: al poseedor que tuviere hijos le dejaremos la libertad de enajenar y gravar el patrimonio. Es verdad que así se destruía la esencia del mayorazgo, que es la vinculación absoluta; pero nuestros antepasados, eminentemente prácticos, no se detuvieron ante esta consideración.

Debe notarse, además, que la facultad de designarse un sucesor en la herencia no la concedieron sólo nuestros mayores al poseedor del fideicomiso; la concedieron también al premuerto, esto es, al llamado á la herencia que al tiempo de deferírsele ésta, se halla difunto; pero hay una diferencia entre el poseedor y el premuerto en este punto. Al segundo, si no hace uso de este derecho de elegir, el fundador del fideicomiso le señala quienes habrán de sustituirle; al primero no se le pone esta substitución preventiva, que se conoce con el nombre de substitución vulgar infideicomiso. Esta diferencia tiene tambien su explicación. El que llega á poseer los bienes, por poca previsión que tenga, ordenará un testamento para evitar que aquellos bienes que posee se repartan en virtud de la sucesión *ab intestato;* el segundo, el premuerto, como puede encontrarse sin bienes propios, es muy posible que no vea necesidad de otorgar testamento, mayormente si ignora, como

Digitized by Google

muchas veces ignorará, que tiene la facultad de designar el que haya de reemplazarle en su carácter de substituto, pudiendo también contribuir al no otorgamiento de acto de última voluntad el ver, en caso de saberlo, que la eventualidad de recaer en su familia el fideicomiso se halla muy remota.

Con estas ideas á la vista, que, si no estamos equivocados, son las que presiden el ordenamiento de todos los fideicomisos catalanes, hemos tratado de inquirir si el pensamiento del fundador del fideicomiso venía expresado con toda fidelidad y precisión en las fórmulas más usuales. Nos hemos fijado, sobre todo, en el formulario del insigne Catedrático que fué nuestro maestro, como lo ha sido igualmente de casi todos los actuales Notarios de Cataluña; y sin afán de encontrar defectos, antes al contrario, presumiendo y deseando encontrar en aquel formulario una obra acabada, por ser hija de persona que tanto consideramos en vida y cuya memoria respetamos hoy como el que más, hemos de confesar, sin embargo, porque la verdad es lo primero, *amicus Plato sed magis veritas* que un análisis imparcial, casi benévolo, nos ha dado el convencimiento de que aquella fórmula no responde del todo á las aspiraciones del fundador del fideicomiso catalán, ni cabe, por otra parte, considerarla tan perfecta en su redacción, que no dé lugar á torcidas interpretaciones.

He aquí la fórmula tal como en dicho formulario del Sr. Falguera se halla consignada: «En todos sus restantes bienes y derechos instituye heredero á Juan Durán y Camps, su hijo primogénito, y si éste no fuere heredero por haber muerto y hubiere dejado hijos ó descendientes legítimos y naturales, le subs-

Digitized by Google

tituye á estos del modo que él hubiere dispuesto; y en falta de disposición de dicho su hijo, los substituye el testador como si fuesen hijos suyos del mismo modo que para estos dispondrá; pero en caso de haber fallecido dicho Juan sin descendencia, ó bien de no querer la herencia, y también en caso de que siendo heredero muriese en impubertad ó después sin hijos ó descendientes legítimos y naturales que hubieren llegado ó llegaren á la edad de testar, le substituye á Raimundo Durán y Camps, hijo segundo del testador, y á éste le substituye á sus descendientes en el mismo caso que al primero, y en los demás casos que respecto al primero se han expresado, le substituye á José, hijo tercero; las mismas substituciones hace á éste, á Daniel, á Joaquín y á todos los hijos varones que tenga el testador en el día de su fallecimiento, nacidos ó póstumos por orden de primogenitura, y, después de ellos, á Gerónima, á Joaquina y á todas las demás hijas que tenga nacidas ó póstumas por orden de primogenitura.»

Ante todo, las palabras «y si este (Juan) no fuere heredero por haber muerto y hubiere dejado hijos ó descendientes legítimos y naturales,» pueden originar un intestado contra toda la intención del testador. Ejemplo: fallece Juan dejando descendientes; estos fallecen todos después, antes, empero, que el testador ¿qué sucederá? Que no podrá entrar en la sucesión Raimundo, que sólo viene llamado á sustituir á su hermano Juan en el caso de fallecer éste sin dejar descendencia; y como los hijos de Juan, habiendo fallecido antes que el testador, tampoco serán herederos, resulta que el fundador del fideicomiso ha fallecido *ab intestato*.

Digitized by Google

Ya sabemos que existe la regla *substitutus substituto etiam intelligitur substitutus instituto;* pero aquí no se trata de suceder á un instituído, sino al mismo testador, ¿no será más prudente prevenir toda objeción ó no exponerse á que los Tribunales, por rehusar una interpretación extensiva del citado principio, declaren destituído el testamento?

Podría decírsenos también que el testador, cuando ocurra el fallecimiento del primer instituído, ó mejor, cuando fallezca el último de los hijos de éste, está aún á tiempo de evitar el intestado por medio de una nueva disposición. ¿Pero y si el testador, en la creencia de que en su testamento se hallan previstas todas las contingencias, inclusa la de fallecer durante su vida la descendencia del primer instituído muerto, juzga innecesaria la otorgación de otro testamento y fallece por lo mismo sin otorgarlo?

Encontramos, también, en la fórmula que estamos examinando, que á Juan premuerto se le confieren mayores facultades que al mismo Juan poseedor de la herencia, ya que al primero le basta dejar hijos para poder elegir entre ellos cual haya de reemplazarle en la cualidad de substituto y el segundo, para hacer lo mismo, necesita que los hijos hayan llegado ó llegaren á la pubertad. A nuestro juicio no entra en la intención del testador que el premuerto con hijos que no hayan llegado ni lleguen después á la edad de testar, pueda designar de entre aquellos hijos cual ó cuales habrán de reemplazarle en el carácter de sustituto: En primer lugar, porque esto podría dar origen á la sucesión legal de un impúber, con arreglo á la que una cuarta parte de los bienes, la legítima, pasaría al padre ó madre del impúber que

Digitized by Google

no es hijo ni descendiente del fundador; en segundo lugar, porque viniendo la sucesión legal del impúber aunque los restantes bienes, y hasta todos cuando no existiere el padre ó madre que ha de percibir la legítima, irían á personas descendientes del testador, habría en tal transmisión tres inconvenientes: 1.° que se fraccionaría á veces el patrimonio; 2.° que las personas que entrasen entonces á repartirse los bienes no serían las mismas á quienes habría querido el testador que pasara la herencia; y 3.° que todas estas personas adquirirían los bienes del impúber, libres del vínculo fideicomisario.

El inconveniente de dicha facultad de elegir resulta más grave todavía si se tiene en cuenta que puede el premuerto haber nombrado para reemplazarle en la sucesión á sus hijos impúberes designando como substitutos de éstos á un extraño. Entonces aparece más claro el resultado contrario á la intención del testador.

En la cláusula, objeto de nuestro estudio, echamos de menos, en el premuerto con hijos que han llegado ó lleguen después á la pubertad, la facultad de elegir por substituto suyo á un extraño. Como decíamos antes, para que el padre pueda hacerse respetar no basta que tenga la facultad de escojer entre sus hijos; ha de poder elegir hasta á un extraño. Un sujeto de 74 años de edad, sin hijos, posee el fideicomiso; el heredero substituto, de edad 70 años, tiene sólo un hijo que se porta muy mal con el padre y con el tío. ¿Han de mirar tío y padre, cruzados de brazos, la indigna conducta del presunto sucesor en el fideicomiso? Seguramente que no era esta la intención del fundador.

Digitized by Google

Nótese que no hay contradicción, al menos así lo creemos, entre lo que decimos aquí, reclamando para el premuerto que ha dejado hijos púberes ó que lleguen después á la pubertad el derecho de nombrar por sustituto suyo á un extraño, y lo que hemos dicho antes de no ser conforme á la voluntad del fundador que el premuerto con hijos que no lleguen á la pubertad pueda nombrar de entre sus hijos al que haya de reemplazarle en la sucesión.

Es verdad que el premuerto de que ahora tratamos podrá ordenar también que pase la herencia á un individuo que no sea de la familia del fundador; pero entre este caso y el en que el premuerto nombra por sustituto de su hijo impúber á un extraño, hay diferencia. En el primer caso, tal disposición redundará en perjuicio de los hijos del premuerto y, como decíamos antes, para que un padre despoje de la herencia á sus hijos han de existir motivos muy poderosos; no hay temor, por consiguiente, que se abuse de semejante libertad. En el caso segundo, la designación del que haya de reemplazarle en la cualidad de substituto al premuerto ya no redunda en perjuicio de sus propios hijos, sino en el de parientes colaterales, y podría ser muy bien que la designación se hubiere hecho en odio á estos colaterales, para impedir que los mismos entrasen á poseer la herencia, como podría también suceder que la disposición se debiere á un afecto ó estimación del premuerto hacia un exraño á la familia, sentimientos, tanto el de amor como el de odio, que no habían de prevalecer en la intención del fundador al cariño que éste sentía por sus descendientes.

De la fórmula que nos ocupa se desprende que el

Digitized by Google

testador, preventivamente, para el caso de fallecer Juan antes de corresponderle la herencia, llama á todos los descendientes de este Juan, fuese cual fuere el grado en que estén con tal que entre ellos y el testador no haya persona intermedia de la línea de este último; pero la redacción de esta parte de la cláusula puede originar dudas, en cuanto al orden, por el cual hayan de entrar dichos descendientes. Dice la fórmula que á los hijos y descendientes de Juan los substituye el testador como si fuesen hijos suyos. ¿Se quiere decir con esto que todos los descendientes de Juan, fuese cual fuere su grado, se colocarán en primera línea como los hijos del testador? ¿Qué lugar habrá de corresponderles á dichos descendientes en esta línea? Ya la fórmula lo dice: el que les corresponda por su edad y sexo. Entonces, un hijo varón de Juan y hasta un hijo varón de un hijo de igual sexo de Juan sería preferido á las hijas del fundador. También podría darse el caso, que no por ser raro es imposible, de que hubiese un hijo de Juan, mayor en edad, que un hijo del propio testador, y entonces este sobrino habría de ser preferido á su tío. Prescindiendo de esto, si Juan ha dejado tres hijos, *A B* y *C*, nacidos por el mismo orden con que acabamos de nombrarlos; *A* y *B* han fallecido dejando hijos, pero los de *B*, por haberse éste casado más joven ó por cualquier otro motivo, son mayores en edad que los de *A*; ¿habrían de ser preferidos los hijos de *B* sólo porque nacieran antes?

También en la fórmula que examinamos hubiéramos querido encontrar prevenido el caso en que dos ó más individuos descendientes del testador, ascendientes ambos de una misma generación, hayan

Digitized by Google

dispuesto quien había de reemplazarles respectivamente en su carácter de substitutos. Ejemplo: Juan deja dos hijos *A* y *B;* el mayor, *A*, que tiene dos hijos *C* y *D*, ha premuerto dejando dispuesto que pasara á *C*, su hijo mayor, dicha cualidad de substituto, pero con varias condiciones y substituciones. Al deferirse la herencia á esta rama de *A*, se encuentra difunto *C* que ha ordenado también quien había de reemplazarle en su cualidad de substituto. ¿Cuál de estas dos disposiciones se habrá de observar, la de *A* ó la de *C*?

Podrá ocurrir que Juan haya premuerto sin disposición de última voluntad y que en virtud de la del fundador, consignada preventivamente, venga á ser heredero el hijo único de Juan que fallece sin descendencia. ¿En la intención del testador debe ser heredero libre ó nó este hijo de Juan que fallece sin descendencia? Nosotros creemos que nó. Pues en la fórmula que examinamos sería heredero libre porque aquí no cabe aplicar el principio *substitutus substituto etiam intelligitur substitutus instituto*. Aquí, por haber entrado á poseer la herencia el hijo de Juan, la substitución de éste á favor de Raimundo ha caducado.

Por último, dice la fórmula en que nos ocupamos, que las mismas substituciones hace el testador á sus hijos tal y cual y *á todos los demás que tal vez dejará al ocurrir su fallecimiento*. Podría suceder que el testador después de otorgado el testamento tuviese otros hijos y que éstos muriendo antes que su padre dejasen descendencia. En tal supuesto cabría decir, tomando la cláusula al pié de la letra, que los descendientes del hijo que nació después de la otorgación del testamento no venían llamados á la herencia.

Digitized by Google

Esto también es con toda evidencia contrario á la mente del testador.

Para salvar los inconvenientes que acabamos de reseñar hemos ideado una fórmula nueva en que se da un giro totalmente distinto al desarrollo del pensamiento del fundador del fideicomiso. Hemos hecho más; teniendo en cuenta que podría un testador no querer que el hijo premuerto sea libre de transfirir á un extraño su cualidad de substituto, hemos redactado una segunda fórmula en que se tiene presente tal deseo.

He aquí ahora las indicadas dos fórmulas que nosotros aconsejaríamos para fundar un fideicomiso en nuestro Principado:

«En los restantes bienes, muebles é inmuebles, derechos, créditos y acciones que le pertenecen y en lo sucesivo pertenecerle pudieren, instituye heredero suyo universal á su hijo D. Juan Durán y Camps, al cual substituirán los otros hijos é hijas del testador en todos los casos menos en los dos que enseguida se expresarán, y le substituirán nó todos juntos sino el uno en defecto del otro por orden de promogenitura con preferencia de los varones á las hembras y todos con las mismas condiciones y substituciones que se expresan respecto del primer instituído Juan. Los dos casos en que no sustituirán á Juan los demás hijos é hijas del testador serán los siguientes: Primero, si Juan siendo heredero falleciere dejando uno ó más hijos que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, en cuyo caso podrá Juan disponer libremente de la herencia. Segundo, si hallándose difunto Juan al írsele á deferir la herencia hubiere dejado hijos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad,

Digitized by Google

en cuyo caso sustituirán á Juan la persona ó personas que éste hubiese designado de un modo especial para reemplazarle ó hubiese simplemente instituído herederos suyos en qualquier clase de disposición de última voluntad, y á falta de disposición de Juan, se entenderán llamados á la herencia los hijos del mismo, no todos juntos, sino el uno en defecto del otro con preferencia de los varones á las hembras y guardando dentro de un mismo sexo orden de primogenitura, con la condición, empero, que si alguno de los hijos de Juan al ser llamado estuviere difunto y existieren hijos suyos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, entrarán á reemplazarle la persona ó personas que el mismo hubiese designado de un modo especial ó cuando menos instituído herederos suyos, y, á falta de tal designación ó institución, se entenderán llamados á reemplazarle sus propios hijos, no todos juntos sino el uno en defecto del otro, por el mismo orden arriba expresado, queriendo también aquí el testador que si alguno de sus biznietos al tiempo de deferírsele la herencia hubiese fallecido dejando hijos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, entren á reemplazarle la persona ó personas que dicho biznieto hubiese designado, ya llamándoles expresamente á esta sucesión ya instituyéndoles herederos suyos, y, á falta de tal disposición, que entren los propios hijos del repetido biznieto, no todos juntos sino el uno en defecto del otro por el orden arriba indicado de sexo y primogenitura; y así sucesivamente quiere el testador que se observe en cada nueva generación de descendientes suyos siempre que el padre ó la madre de esta generación y los demás ascendientes hasta llegar

Digitized by Google

al testador, pertenecientes unos y otros á la línea de este último, hubiesen fallecido sin ordenar quien había de reemplazarles en su cualidad de substitutos si llegaban á morir antes de deferírseles la herencia; advirtiendo que si dos ó más descendientes del testador, ascendientes ambos de una misma generación, hubiesen ordenado quien había de reemplazarles respectivamente en su carácter de sustitutos, se estará á lo que hubiere dispuesto el ascendiente más próximo al testador; y advirtiendo, finalmente, que al fallecer sin hijos un individuo cuyos ascendientes de la línea del testador hasta llegar á éste hubiesen fallecido todos sin designación de heredero ni de quién había de reemplazarles en la cualidad de substituto, revivirán por su orden las substituciones aquí ordenadas á favor de los colaterales que en la sucesión de los individuos de la rama del entonces fallecido sin hijos hasta llegar al testador habían caducado por haberse deferido á estos individuos la herencia; queriendo asimismo el testador que en todas y cada una de estas substituciones que revivirán á favor de los colaterales, se observe ante todo lo que un padre ó madre, descendiente suyo, fallecido al tiempo de corresponderle la herencia con hijos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, hubiese ordenado respecto de quienes habían de reemplazarle en su cualidad de substituto y que si dos ó más individuos descendientes del testador, ascendientes de una misma generación, hubiesen dispuesto quien ó quienes habían de reemplazarles respectivamente en su carácter de substitutos, se esté á lo que hubiere dispuesto el ascendiente más próximo al testador.»

«En los restantes bienes, muebles é inmuebles,

Digitized by Google

derechos, créditos y acciones que le pertenecen y en lo sucesivo pertenecerle pudieren, instituye heredero suyo universal á su hijo D. Juan Durán y Camps, y si dicho D. Juan al tiempo de corresponderle la herencia se hallare difunto habiendo dejado descendientes legítimos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, le substituirán dichos sus descendientes, no juntos sino el uno en defecto del otro, observando las siguientes reglas: Primera, no entrará ninguno de los descendientes entre los cuales y el testador hubiere persona intermedia viviente. Segunda, entre los descendientes del testador que fueren hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y, dentro de un mismo sexo, los mayores en edad á los menores. Tercera, este derecho entre hermanos de preferencia de los varones sobre las hembras y de los mayores en edad sobre los menores, se transmitirá de padres á hijos en todas las generaciones que entraren en esta substitución, sin que sea obstáculo á la transmisión dicha, la circunstancia de haber fallecido el hijo antes que el padre. Quiere el testador que esta substitución entre los descendientes de su hijo D. Juan, se entienda, no sólo por la vulgar, sino también por la fideicomisaria para el caso de fallecer cualquiera de ellos sin dejar descendientes legítimos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, y quiere asimismo el señor otorgante, que en llegando á extinguirse la descendencia de su hijo D. Juan con el fallecimiento de persona que hubiere entrado á poseer la herencia en virtud del llamamiento preventivo que antecede, en tal caso al individuo con cuyo fallecimiento se extinguiere la descendencia de D. Juan, le sustituya el hermano de

Digitized by Google

este último D. Raimundo, hijo segundo del testador.

»Pero en el caso de que Juan Durán y Camps, al írsele á deferir la herencia, se hallare difunto y no existieren descendientes suyos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad, ó bien en el caso de no querer dicho Juan la herencia y también en el de que siendo heredero falleciere en impubertad ó después sin dejar descendientes legítimos uno ó más que entonces ó después llegaren á la pubertad, le substituirán Raimundo Durán y Camps, hijo segundo del testador. A este hijo segundo del testador le substituirán sus descendientes, no sólo en el mismo caso que al primero, sino también en el caso de hallarse Raimundo difunto cuando hubiere de tener lugar á favor suyo la substitución arriba ordenada para cuando se extinguiere la descendencia de Juan Durán y Camps después de haber la misma entrado á poseer los bienes del otorgante, queriendo éste que se tenga por reproducido aquí, en cuanto al orden de preferencia y clases de substituciones con que se habrán de substituir entre sí los descendientes de Raimundo, lo que acerca del mismo particular se ha dicho arriba tratándose de la descendencia de Juan Durán y Camps. Y en los demás casos que respecto de Juan Durán y Camps se han expresado y también en el de hallarse difunto Raimundo Durán y Camps sin haber dejado descendientes legítimos, uno ó más, que hubieren llegado ó llegaren á la pubertad cuando se purificare á su favor la substitución arriba dicha, motivada por la extinción de la descendencia de Juan Durán y Camps que estuviese poseyendo la herencia, le substituirá al Raimundo Durán y Camps su hermano José, hijo tercero del testador. Las mis-

Digitized by Google

mas substituciones hace el otorgante á su dicho hijo tercero José, á Daniel, á Joaquín y á los otros hijos varones que acaso en adelante tendrá, y, después de los hijos varones, á sus hijas Gerónima, Joaquina y demás que tal vez en lo sucesivo tuviere, por orden de primogenitura unos y otras, queriendo que la substitución pasiva para el último descendiente de Juan Durán y Camps y á favor de Raimundo Durán y Camps, impuesta para el caso que allí se expresa, hallándose en iguales circunstancias se entienda ordenada pasiva para el último descendiente de cualquier otro hijo del testador y á favor también del hijo del otorgante que siga inmediatamente en el orden de prelación antes señalado á aquel cuya descendencia se extingue dando lugar á la substitución y que en esta clase de substituciones al substituto, hijo del testador, si hubiere fallecido le reemplacen ó substituyan sus descendientes conforme queda dicho al tratar de los descendientes de Raimundo Durán y Camps.»

Digitized by Google

Condominio futuro

Al lado del condominio ordinario en que dos ó más personas simultáneamente, á título de dueños, gozan pro-indiviso de todas las utilidades de la cosa, hallamos otro condominio, que podría llamarse *sucesivo,* en el cual se considera el dominio dividido en el tiempo, esto es, gozándolo en el presente un sujeto hasta que se realice un hecho ó condición ó fina un plazo, pudiéndolo ó debiéndolo gozar otra persona distinta después de realizada la condición ó hecho ó cuando el plazo haya finido.

Al que goza actualmente las ventajas de dueño se le podría llamar condueño actual, y podría darse el nombre de condueño futuro al que debe gozar después las ventajas dichas.

Pero entiéndase bien que para poderse uno llamar condueño futuro y existir, por lo mismo, el condominio sucesivo es indispensable que el condueño actual no pueda impedir la sucesión.

Desde luego, por faltarle el requisito que acabamos de exponer, no pueden ser considerados como condueños futuros el heredero que el actual dueño tuviere nombrado en testamento ni el que á falta de disposición testamentaria designan las leyes como

Digitized by Google

sucesor del propio sujeto. Para quitarle al primero el carácter de sucesor bastaría que el dueño actual cambiase el testamento ó lo anulase simplemente; para quitárselo al segundo bastaría que el actual dueño otorgase testamento. Tampoco debe considerarse condueño futuro al heredero y donatario universal de los bienes que al fallecer dejará el donador, porque éste, enajenando los bienes, hace ilusorio el condominio de su sucesor. Tampoco, finalmente, puede llamarse condueño futuro aquí en Cataluña al heredero forzoso que llamamos legitimario, porque, prescindiendo de que este heredero tiene derecho á una parte alícuota de la herencia, mas no á ser dueño de bienes determinados (véase un estudio nuestro acerca de si la legítima en Cataluña es un derecho real), puede decirse aquí lo que decíamos en el caso de donación y heredamiento universal: el causante puede en vida enajenar los bienes y hacer así ilusorio el condominio del heredero forzoso.

Los casos en que hay condominio sucesivo pueden reducirse, si no estamos equivocados, á los siguientes:

1.° Cuando una persona ha otorgado un acto ó contrato nulo en virtud del cual dejaba de ser dueño. En este caso tenemos que, por de pronto, es dueño el que figura como adquirente en el contrato; pero el enajenante de aquel contrato, tan luego como obtenga declaración de nulidad, volverá á recobrar el dominio.

2.° Cuando una persona haya otorgado un contrato rescindible enajenando alguna cosa. También de momento será dueño el adquirente; pero el dominio volverá al enajenante cuando éste haya obtenido la rescisión del contrato.

Digitized by Google

3.° Cuando existe con el carácter de irrevocable una voluntad reguladora (véase el capítulo V de nuestro estudio titulado *La Protección del Derecho Inmobiliario*), en cuya voluntad reguladora se establece que verificándose tal ó cual condición la cosa pasará al poder ó dominio de otra persona. Este caso comprende lo que comunmente se llaman condiciones suspensivas y condiciones resolutorias, y las comprende á las dos porque ambas clases de condiciones no son más que una misma cosa mirada desde diferentes puntos de vista. El cumplimiento de una condición, sea ésta de las suspensivas, sea de las resolutorias, produce siempre dos efectos, que son: 1.° Terminar el dominio ó derecho del que era dueño antes del cumplimiento. 2.° Dar ó atribuir el dominio ó derecho al que antes del cumplimiento no lo tenía. Si miramos la condición desde el punto de vista del que es dueño, y por el cumplimiento deja de serlo, tendremos la condición resolutoria, ya lleve este nombre ó el de suspensiva la condición; y, al revés, si la miramos desde el punto de vista del que por el cumplimiento pasa á ser dueño, tendremos una condición suspensiva, aunque haya sido designada con el nombre de resolutoria.

4.° Cuando una voluntad reguladora de carácter irrevocable establece que, llegando el vencimiento de tal plazo, el dominio ó derecho pasará á otra persona. También aquí puede notarse que el plazo *a quo* y el *ad quem* son una misma cosa mirada desde diferente punto de vista. Para el que habrá de perder el dominio ó derecho con el transcurso del plazo, éste será *ad quem* siempre; y al revés habrá de decir siempre que es para él *a quo* el plazo el que

Digitized by Google

por el transcurso del mismo adquiera el dominio ó derecho. Ejemplo; Juan y yo concertamos la venta de mi finca, conviniendo que Juan entrará á ser dueño de la misma desde el día 1.° del año que viene. Este plazo, por más que esté formulado como hemos dicho, será para mí *ad quem*, porque significará que puedo continuar poseyendo la finca vendida hasta el primer día del año próximo venidero.

En lo que va expuesto hemos empleado la voz *condominio;* lo hemos hecho por acomodarnos al lenguaje usual y corriente. Pero téngase en cuenta que pudiendo distinguirse, conforme hemos manifestado en otro estudio titulado *Nomenclatura de las relaciones jurídicas*, entidades reales de tres grados distintos, que pudieran llamarse respectivamente propiedad, dominio y subdominio, lo que acabamos de decir del condominio sucesivo podría aplicarse á dichas tres entidades, y tendríamos entonces copropiedad, condominio y consubdominio sucesivos en contraposición á la copropiedad, al condominio y al consubdominio ordinarios.

Digitized by Google

Nomenclatura de las relaciones jurídicas

El Derecho, en sentido objetivo, es *norma agendi*. Yo puedo ejercer mi actividad sobre cualquiera de los otros seres creados, y, al revés, cualquiera de los otros seres de la creación puede ejercer su actividad, si la tiene, sobre mí. ¿Se deducirá de esto que hayan de considerarse posibles relaciones jurídicas entre yo y cualesquier otros seres de la creación, esto es, que yo pueda tener derechos respecto de ellos y que ellos puedan tenerlos respecto de mí? Poco á poco.

Desde luego no puede dudarse, ni creemos se haya dudado jamás, que ninguna responsabilidad contraemos nosotros para con los seres inferiores al humano si dejamos de plegarnos á sus exigencias cuando las tienen. El por qué de esto se comprende bien. Todo tiene su objeto, todo tiene su aplicación, todo tiene su fin en este mundo; pero cuando se consideran fines distintos, de diverso alcance, lo racional es subordinar el inferior al superior, y como el fin del hombre, como el fin de la humanidad, es

Digitized by Google

el fin supremo de la Creación, de aquí que el fin de las cosas—y dentro de la palabra *cosa* consideramos comprendidos, conforme es costumbre en Derecho, todos los seres inferiores al hombre, pertenezcan á cualquiera de los reinos animal, vegetal ó mineral,—de aquí decimos que el fin de las cosas deje de existir puesto enfrente del fin humano. Por esto el hombre es el rey de la Creación; por esto, mientras no medie el interés de un semejante suyo, puede servirse de todo lo creado del modo que le plazca, transformándolo ó aniquilándolo, si tal es su voluntad.

Tampoco puede, en rigor, decirse que tengamos nosotros derechos respecto de las cosas, tomando también aquí la palabra *cosa* en la acepción que acabamos de ver, esto es, comprendiendo en ella cualesquiera seres de la Creación inferiores al hombre. Por más que ciertas legislaciones antiguas hubiesen señalado penas para los irracionales que verificaban determinados actos; por más que la Historia nos hable de aquel poderoso rey asiático que en su loco desvarío mandó que el mar fuese azotado, en castigo de haberle roto el puente formado con sus barcas; por más que en la actualidad veamos aún á hombres insensatos que, achacando sus errores á un objeto inanimado, en su furor, se entregan á golpear y destruir este objeto, como si el mismo fuera responsable de no haber hecho el milagro de pensar y obrar racionalmente, corrigiéndo así aquellos errores ó evitando sus perniciosas consecuencias, lo cierto es que en nuestros tiempos, para toda persona de juicio sereno, está fuera de duda que los seres inferiores al hombre, que las cosas ninguna responsa-

Digitized by Google

bilidad jurídica contraen si, pudiendo contribuir á la realización de nuestro fin, dejan de hacerlo.

¿Por qué no se considera que tengan el deber jurídico de ayudarnos en la realización de nuestro fin los seres irracionales y los inanimados? Porque en el mundo jurídico no se tienen en cuenta sino los actos que se verifican libremente, y nadie ha dicho todavía que gocen de libre albebrío los seres inferiores al hombre.

Otra cosa muy distinta sucede tratándose de los seres humanos. Yo estoy obligado dentro de ciertos límites á ayudar á mis semejantes en la realización de su fin: no cabe aquí decir que el fin de los otros seres haya de subordinarse al mío, porque unos y otros son de igual categoría. Y, al revés, todos mis semejantes, dentro de ciertos límites, están obligados á contribuir á la realización de mi fin, porque los actos con que ellos deben contribuir á la realización de mi fin son actos voluntarios, que entran, por lo mismo, en la esfera del Derecho. Puede notarse de paso que, así como tratándose de las cosas hemos visto que podía el hombre aniquilarlas empleándolas en el cumplimiento de su fin, esto ya no puede ocurrir cuando se trata de seres humanos: en tal caso, el que ayuda no puede quedarse anonadado, porque tiene un fin que cumplir, y este fin es en principio tan noble, tan digno, tan elevado como el de aquel á quien se presta la ayuda.

Resulta de lo dicho que en el mundo jurídico, por más que se hable de relaciones entre el hombre y las cosas, es esto un lenguaje figurado, porque las únicas relaciones que en el terreno del Derecho se tienen en cuenta son las de los hombres entre sí.

Digitized by Google

En efecto, el hombre puede destinar al cumplimiento de su fin todos los seres de categoría inferior á la suya; pero podrá ser que dos ó más hombres necesiten ó pretendan necesitar para el cumplimiento de su respectivo fin unas mismas cosas. Entonces viene el Derecho á decidir cuál de estos hombres merece ó necesita más servirse de aquellas cosas, esto es, cuál merece ó necesita más ejercer su actividad sobre aquellas cosas para destinarlas al cumplimiento de su fin. Las cosas, en semejantes casos, representan sólo la actividad humana racional que sobre las mismas puede ejercerse; siendo digno de notarse el fenómeno que aquí ocurre, fenómeno semejante al que se observa en los nombres abstractos: á fuerza de ver representada en una cosa la actividad humana racional de que la misma es susceptible, acaba por considerársela dotada de dicha actividad; á la manera que á los nombres abstractos, por la costumbre de considerar á su vista las cualidades abstraídas, acaba por reputárseles como dotados de aquellas cualidades.

Ahora bien: la fracción de actividad humana racional que encontramos siempre en el fondo de toda relación del Derecho, como objeto inmediato de la misma, constituye una entidad jurídica, ó sea un ser capaz de adquirir derechos y obligaciones, si se la considera en sí. ¿Por qué?

Sucediendo en el mundo jurídico lo mismo que sucede en el mundo físico, esto es, que nada se pierde, que todos los fenómenos se reducen á transformaciones, la fracción de la actividad racional que por la relación jurídica se desprende ó segrega del sujeto pasivo de aquella relación

Digitized by Google

irá á engrosar ó aumentar la entidad del sujeto activo.

Pero nótese que la reunión de esta parte de actividad humana, objeto de la relación jurídica, con la entidad del sujeto activo de la misma relación no se realiza de un modo tan íntimo como, al decir de los panteístas, se verifica la de los seres de la creación con el Ser Absoluto. Allí hay absorción; los seres absorbidos ningún vestigio conservan de su vida individual. En el caso que nosotros tratamos hay tan sólo una especie de federación: cada porción de actividad que adquiere el sujeto activo, aunque pase á formar parte de la entidad jurídica constituída por éste, sigue teniendo su individualidad.

Las ventajas que resultan de este modo de ser de la entidad jurídica, ó sea de estar dicha entidad formada por federación, serán mejor comprendidas cuando hayamos expuesto algo de lo que nos falta decir; para entonces, pues, aplazamos su enumeración.

Entretanto, sentado que la fracción de actividad de que se desprende el sujeto pasivo en una relación jurídica conserva su individualidad, viene una segunda parte. Esta fracción de actividad ha de estar en el comercio de los hombres, porque sólo así alcanza todo lo del mundo su máximum de rendimiento ó su aplicación mejor, y el máximum de rendimiento ó la aplicación mejor de todas las cosas es indispensable para el progreso de la humanidad.

Estar en el comercio una cosa significa, no sólo que la misma sea susceptible de transmisión, sino también que pueda adquirir derechos y contraer

Digitized by Google

obligaciones, porque hay cosas que únicamente así, sólo adquiriendo derechos y obligaciones, pueden dar su mayor rendimiento ó recibir su mejor aplicación.

Luego toda fracción de actividad humana racional constituirá una entidad jurídica, es decir, un ser capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones.

Esta entidad, siendo una cosa inmaterial, no podrá obrar por sí, y, por lo mismo, habrá de ser representada por el que tiene concedida á su favor la fracción de actividad en que la entidad consiste, por el que tiene dicha fracción de actividad como formando parte de la entidad suya; y si la entidad jurídica que tiene inmediatamente á su favor la fracción de actividad de que se trata fuere una cosa, será representante de la repetida fracción de actividad el que tenga la entidad real cosa como formando parte de su personalidad.

Las entidades se dividen en tres clases: reales, personalísimas y personales. Reales son aquellas en que la actividad racional humana que por naturaleza las constituye ha de ejercerse sobre una cosa determinada ó sobre alguna de las cualidades de una cosa determinada. Personalísimas lo son cuando la actividad humana que por naturaleza las constituye se ha de ejercer por ó sobre cierta persona, por ó sobre un ser racional determinado sin sustitución posible. Personales lo son aquellas en que la actividad racional humana que por naturaleza las constituye se ha de ejercer por ó sobre una persona con sustitución posible ó sobre una cosa no determinada.

Digitized by Google

De cualquiera de estas entidades pueden desprenderse otras por medio de segregaciones, y claro que las desprendidas serán de naturaleza real, personalísima ó personal según lo sean aquellas de las cuales se desprendieron. Veamos, desde luego, como esto ocurre tratándose de las entidades reales.

Cuando en una cosa se considera encarnada toda la actividad racional de que la misma es susceptible, podrá ser que su representante jurídico, en beneficio de otro sujeto ó entidad, se desprenda de una parte de dicha actividad, ó sea de alguna de las utilidades que la cosa presta. En tal caso tendremos, por un lado, la entidad que forma la fracción de actividad separada; por otro, la entidad constituída por la actividad que continúa encarnada en la cosa después de deducida la que ha sido objeto de la segregación. La primera entidad, debiendo entrar en el comercio de los hombres por las razones antes indicadas, será representada por el que figura como sujeto activo en la relación jurídica en que la fracción de actividad segregada se transmite; más claro: será representada por el acreedor de la fracción de actividad desgajada que la constituye. La segunda de dichas entidades continúa representada por el mismo que la representaba antes de la segregación. La fracción de actividad que se desgaja toma diversos nombres, según los casos, en el lenguaje jurídico corriente; así puede ser una servidumbre real, un usufruto, una hipoteca, un censo, etc. La actividad que continúa representando la cosa después de la segregación sigue ordinariamente con el mismo nombre de antes: *dominio*. A veces se designa también

Digitized by Google

con el nombre de *dominio menos pleno;* otras, con el de *nuda propiedad,* etc. Nosotros, sólo por ahora, y al objeto de entendernos mejor, llamaremos *entidad de primer grado* á la constituída por la actividad que representa una cosa corporal antes y después de segregar de ella una ó más fracciones de dicha actividad, y *entidad de segundo grado* á la constituída por la fracción de actividad que se desgaja de la representada por una cosa corporal.

Podrá ser que de la actividad desgajada de la que representaba una cosa corporal se desprenda á su vez alguna de las utilidades que encierra, alguna fracción de la actividad por la misma representada. Entonces ocurrirá el mismo fenómeno que acabamos de observar en el desprendimiento ó segregación de una parte de la actividad representada por la cosa corporal. Por un lado, aparecerá una nueva entidad formada por la utilidad ó fracción de actividad que se desprende de la utilidad de grado segundo, y, por otro, la entidad de segundo grado continuará existiendo constituída desde entonces por la actividad que le resta después de la segregación. La nueva entidad, que llamaremos *de tercer grado,* debiendo estar también en el comercio, será representada por el que figura como sujeto activo en la relación jurídica en que se ha constituído. La entidad de segundo grado continuará representada por el mismo que la representaba antes de segregarse de ella fracción alguna de actividad.

Así podríamos ir continuando hasta el infinito; pero en la práctica no acontecerá muchas veces hallar siquiera lo que hemos llamado una entidad de tercer grado, ó sea, hablando el lenguaje comun-

Digitized by Google

mente admitido, un derecho limitativo del que á su vez limita el dominio.

Para dar nombre á cada una de las entidades reales que acabamos de bosquejar, llamaremos propiedad á la de primer grado, ó sea á la entidad jurídica cosa corporal; dominio á la de segundo grado, ó sea á la constituída por una limitación de la propiedad, y subdominio á la de tercer grado, ó sea á la constituída por una fracción de actividad desprendida del dominio.

Adviértase que estas entidades pueden haber experimentado dos clases de modificaciones. Por un lado, puede haberse segregado de ellas una parte de la actividad que naturalmente comprenden; por otro, puede habérseles añadido una fracción de actividad que no venía por naturaleza contenida en ellas. La primera de dichas modificaciones la designamos dándole el calificativo de «menos plena» á la entidad modificada; para expresar la segunda añadiríamos el adjetivo «aumentada» á la entidad objeto de la modificación. Claro que podrá haber entidades que sean á la vez menos plenas y aumentadas si de ellas se hubiese segregado actividad que naturalmente les pertenecía y por otra parte se les hubiese agregado ó reunido actividad distinta de la que por naturaleza les corresponde. Nótese que las fracciones de actividad añadidas ó segregadas no han de ser precisamente de la misma especie que la contenida naturalmente en la entidad: gracias al denominador común *dinero,* cuando fueren necesarias la adición ó sustracción de tales fracciones, ya no constituirán las mismas, sumas ó restas de cantidades heterogéneas. Véase sobre este punto el estudio si-

Digitized by Google

guiente, titulado *Definición de los llamados derechos reales.*

De esto resulta que nosotros llamamos propiedad á lo que de ordinario se designa indistintamente con los nombres de propiedad ó dominio, y que damos el nombre de dominio ó subdominio, según los casos, á lo que impropiamente, ó, mejor dicho, por una homonimia y una sinonimia que debieran desterrarse, se llaman derechos reales (véase más abajo).

En las entidades personalísimas y personales no cabe que abarquen toda la actividad del sujeto pasivo, porque entonces vendríamos á parar en lo que no se puede admitir: en la esclavitud ó anonadamiento del hombre.

Pero ya es perfectamente posible que de las entidades personalísima y personal se desgaje una fracción de la actividad humana racional que las constituyen naturalmente, dando lugar con ello á entidades del mismo género; y estas entidades serán de segundo grado cuando nazcan de la segregación de la de grado primero y serán de grado tercero cuando provengan de la segregación de una entidad de grado segundo.

No somos aficionados á introducir nombres nuevos, pero la necesidad nos obliga aquí á torcer nuestra afición. Las entidades no reales las llamaremos personalidad ó entidad personalísima cuando fueren de primer grado; entidad subpersonalísima ó subpersonal cuando fueren de grado segundo, y entidad bis subpersonal ó bis subpersonalísima cuando fueren de grado tercero.

Reconocemos que no son muy eufónicos los nombre que acabamos de proponer; pero no es la

Digitized by Google

eufonía lo que nosotros buscamos ahora, sino el medio de desterrar de la nomenclatura de las relaciones jurídicas homonimias y sinonimias que ocasionan la más grande confusión en la materia (véase más abajo).

Por otra parte, siendo muy raras las entidades personales y personalísimas de segundo y tercer grado, ya serán pocas las veces que deban emplearse los nombres, acaso algo chocantes, que acabamos de proponer.

Pero aunque digamos que será raro encontrar entidades personales y personalísimas de segundo y tercer grado, no se vaya por eso á creer que tales entidades nunca se presentarán. Así *A*, cuando se obliga á pagarme durante su vida mil duros cada año, se desprende de la actividad que podría ejercer sobre aquellos miles de duros, porque cuando llegaren á sus manos estará obligado á entregármelos, sin que los pueda destinar á otro objeto, como habría podido hacerlo no existiendo la obligación suya á mi favor. A esta fracción de actividad de que se desprendió *A*, y que constituye una entidad personal de grado segundo, podré yo imponerle una obligación: podré, verbi-gracia, imponerle una pensión anual, ya en beneficio de una persona, ya en beneficio de cualquier otra entidad jurídica. Podría imponerle también una obligación de garantía, esto es, constituirla en todo ó en parte fiadora de otra obligación mía. Pues estas obligaciones impuestas al derecho que me confirió *A*, obligándose á mi favor, constituirían una entidad personal de tercer grado, porque limitan la entidad que á su vez limitaba la de grado primero.

Digitized by Google

Puede observarse que cuando se trata de determinar si las entidades de grado ulterior al primero pertenecen al grupo de las personales, al de las personalísimas ó al de las reales, se hace esto atendiendo al sujeto pasivo del cual se segrega la fracción de actividad que las constituye. Para indicar el lugar que dentro de cada uno de dichos grupos le corresponde á una entidad, habríamos podido emplear en todos los casos el nombre de la entidad de la cual fué segregada, añadiéndole el prefijo sub en el grado segundo y anteponiendo al sub el otro prefijo bis para el grado tercero. Así lo hemos hecho tratándose de las entidades personales y personalísimas; así habríamos podido hacerlo también en las entidades reales llamando propiedad á la entidad de primer grado; subpropiedad á la de segundo y bis subpropiedad á la de tercero. Sin embargo, ya hemos dicho que no somos aficionados á introducir nombres nuevos, y por esto, aprovechando la palabra *dominio*, que tal como hoy se emplea no es más que un duplicado de la voz *propiedad*, la hemos empleado para designar la entidad de grado segundo; habiéndonos así resultado que la entidad de grado tercero, en vez de ser designada con el nombre bis subpropiedad, poco agradable al oído, ha podido serlo con el de subdominio, ya no tan mal sonante.

Hemos de hacer notar que en las segregaciones de actividad que se hacen de una entidad, sea ésta real, sea personal, no es necesario que la actividad segregada sea de la misma especie de la entidad de la cual se segrega. Gracias al denominador común dinero, la sustracción ó resta podrá verificarse en todos los casos.

Digitized by Google

Aquí nos parece que vendría bien explicar lo que antes insinuábamos relativo á las ventajas de estar formada por federación, y no por absorción, la entidad jurídica.

Desde luego, el hombre no puede desprenderse de toda su actividad, porque haciéndolo se quedaría sin medios para la realización de su fin. Tratándose de las cosas, podría ya comprenderse en la relación jurídica toda la actividad racional que las mismas representan; pero las partes, en muchos casos, no tendrán semejante voluntad; querrán que se traspase tan sólo una fracción de dicha actividad. Resulta de esto que siempre que se trate de entidades personales de primer grado, y que en muchos casos tratándose de una entidad real, se habrá de señalar la parte de actividad comprendida en la relación. Pero obsérvese que el sujeto pasivo de ahora en relaciones jurídicas anteriores pudo haber desempeñado el papel de sujeto activo y haber adquirido, por consiguiente, fracciones de actividad humana racional. Ciertamente podrá suceder que la porción de actividad de que se desprende ahora este sujeto no sea igual á ninguna de las fracciones que adquirió en otras relaciones jurídicas; pero en el caso de existir dicha igualdad, cuando la actividad de que ahora se desprende el sujeto pasivo es la misma que había adquirido antes como sujeto activo en otras relaciones jurídicas, resultarían inútil la operación de ser absorbida dicha fracción por la entidad é inútil la operación de segregar después de la misma entidad aquella propia fracción de entidad antes absorbida.

Además, en la mayoría de casos, el sujeto pasivo se desprende de una fracción de actividad sólo tem-

Digitized by Google

poralmente con el propósito de recobrarla después. En semejante caso, conservar la individualidad de esta fracción de actividad es facilitar el retorno de la misma á la entidad de que se había desgajado.

Por último, conservando su individualidad propia la fracción de actividad adquirida ó transmitida, el ente jurídico que la tiene formando parte de su entidad, podrá desprenderse de ella (de la fracción) sin estar de evicción, cosa enteramente imposible si la absorción completa hubiese tenido lugar, porque entonces yo segregaría, al obligarme, no una parte de actividad antes absorbida, sino actividad de mi ser uno y no múltiple; por tanto, sería yo quien habría de suministrar en todos los casos, sacándola de mi mismo, la actividad objeto de la relación jurídica en que figuro como sujeto pasivo; no podría en ningún caso, como sucederá ahora, hacer que el adquirente, ó sea el sujeto activo de la dicha relación jurídica, vaya á buscar esta fracción de actividad en el mismo ente jurídico que á mí me la había transmitido, pactando, si así me conviniere, que no respondo de que consiga aquella fracción de actividad; más claro: pactando, si así me conviniere, que no quiero estar de evicción.

Vistas ya las clases de entidades jurídicas, ó sea los entes que en las relaciones de derecho pueden figurar como sujetos activo ó pasivo, hemos de decir que para calificar las relaciones jurídicas se ha de atender, ante todo, al aspecto desde el cual se miran.

En toda relación jurídica entran dos sujetos, el activo y el pasivo. Para el primero de estos sujetos es la relación un derecho; para el segundo es una obligación.

Digitized by Google

Si hemos de emplear un lenguaje claro, será bueno dar un nombre distinto á cada uno de estos dos aspectos de la relación jurídica. Los nombres más apropiados son, á nuestro juicio, *derecho* para el aspecto activo y *obligación* para el aspecto pasivo.

Una regla semejante podría bastar para la claridad en la nomenclatura de las relaciones jurídicas, si estas tuvieren siempre por sujetos activo y pasivo lo que nosotros hemos llamado una entidad de primer grado; pero en muchísimos casos no ocurrirá esto.

En las relaciones jurídicas entra siempre, según antes decíamos, una fracción de la actividad humana racional. Esta fracción de actividad es ciertamente lo que constituye para el sujeto pasivo una obligación y para el sujeto activo un derecho; pero como, según también hemos dicho antes, esta actividad será capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones ¿cuándo la tal actividad figure en otra relación jurídica como sujeto activo ó como sujeto pasivo, deberá continuarse denominando derecho ú obligación? ¿No será más propio entonces darle el nombre de entidad? Pondremos un ejemplo: *A* y *B* celebran un contrato, hipotecando el primero á favor del segundo la finca *F*. Aquí se dice que *B* tiene un derecho sobre la finca *F*. Se dice también que *A* constituye un derecho sobre su finca *F*, en vez de decir, con más propiedad, que ha impuesto sobre la finca una obligación. Luego *B*, dueño de la hipoteca, estipula á favor de la misma una fianza personal ó impone sobre aquel derecho de hipoteca que le pertenece lo que se llama una subhipoteca. En la práctica se diría que *B* ha constituído un derecho sobre un derecho

Digitized by Google

de hipoteca ó que ha estipulado derechos á favor de aquel derecho. También podría decirse desde el mismo punto de vista que *B* ha adquirido derechos para la obligación de hipoteca que tiene sobre la finca F ó que ha impuesto sobre aquella obligación de hipoteca un derecho (nosotros diríamos obligación). Podría decirse esto porque no habiéndose dado á la entidad que ahora contrata (á la hipoteca) el nombre de entidad, que es el que le corresponde según su nuevo estado, se le aplica el de su estado anterior, y como en el estado anterior era derecho para el sujeto activo y obligación para el sujeto pasivo, con cualquiera de estos dos nombres, derecho ú obligación, puede ser designada ahora.

Para mayor desdicha y como si á ello contribuyese el hábito de la generalidad de los hombres de ver en la norma de su conducta más los derechos que los deberes, cuando se trata de nombrar una relación jurídica, aunque se mire ésta desde el punto de vista del sujeto pasivo, se acostumbra emplear, casi siempre se emplea, la voz *derecho*.

El resultado de un lenguaje tan pobre, el resultado de llamar derecho á lo que debería llevar otros nombres, es ofrecérsenos una enredada madeja de derechos que hace poco menos que imposible en muchos casos la inteligencia del asunto que se ventila. Derechos se llaman lo que deberían apellidarse obligaciones; derechos se apellidan lo que deberían denominarse entidades jurídicas, y derechos se denominan, en fin, á lo único que propiamente merece llevar tal nombre.

Y luego ocurre que por el empleo indebido de la palabra *derecho* para significar la entidad que con-

Digitized by Google

trata, se obscurece hasta desaparecer la idea de la entidad representada, atribuyéndose los derechos por ella adquiridos á su representante. Así en el ejemplo que antes poníamos, el derecho de fianza estipulado á favor de la hipoteca, se atribuye, no á ésta sino á *B*, resultando de ello una homonimia que enreda más la cuestión; homonimia consistente en que llevan nombre igual, el nombre de *derechos de B*, tanto la hipoteca como los derechos constituídos á favor de ésta.

Pues bien, si no estamos equivocados, todos estos embrollos, nacidos de la inopia del lenguaje empleado en la nomenclatura de las relaciones jurídicas, desaparecen con las reformas por nosotros propuestas. Pero entiéndese bien que estas reformas abrazan tres puntos.

Primero, consideran en toda relación jurídica tres cosas: *la obligación*, aspecto de la relación desde el punto de vista del sujeto pasivo; *el derecho*, aspecto de la relación desde el punto de vista del sujeto activo y la *entidad jurídica transmitida*, entidad que resulta de considerar la fracción de actividad, objeto de la relación, como un ente capaz luego de adquirir derechos y de contraer obligaciones. Lo cual es como si dijéramos, poniendo un ejemplo: hay hipoteca (entidad jurídica) obligación de hipoteca y derecho de hipoteca.

Segundo, dar nombre especial á cada una de las diversas entidades jurídicas llamando propiedad, dominio ó subdominio á las reales según sean de primero, segundo ó tercer grado, y llamando á las no reales, también según sean de grado primero, segundo ó tercero, personalidad ó entidad personalísima; entidad subpersonal ó subpersonalísima, ó entidad bis subpersonal ó bis subpersonalísima.

Digitized by Google

Tercero, imputar las obligaciones ó atribuir los derechos resultantes de la relación jurídica á la entidad que inmediatamente los contrae ó adquiere y no á la entidad de la cual forma parte la contratante.

De este modo, cuando adquiere derechos ó contrae obligaciones una entidad jurídica ya formada, deberán tales obligaciones y derechos imputarse ó atribuirse á la misma entidad jurídica contratante y no al que la representa; de este modo, en el ejemplo que antes poníamos ya no se dirá que la fianza estipulada á favor de la hipoteca sea un derecho de *B*, sino un derecho de la entidad jurídica hipoteca. Asimismo, dando el nombre de *obligación* al aspecto pasivo y el de *derecho* al aspecto activo, ya no cabría decir en el repetido ejemplo que la fianza estipulada á favor de la hipoteca es una obligación de la finca *F*, porque en semejante manera de expresarse habría, según nuestra nomenclatura, dos errores: 1.° dar el nombre de *obligación* al aspecto activo de la relación jurídica; 2.° atribuir el derecho de la relación á la entidad jurídica remota en vez de atribuirlo á la inmediata que ha figurado en la relación como sujeto activo.

Admitidas las reformas que acabamos de proponer y teniendo en cuenta que para calificar los derechos y obligaciones se ha de atender respectivamente á la cualidad de los sujetos activo y pasivo de la relación, se presenta sumamente fácil é inteligible, á nuestro juicio, la nomenclatura de las relaciones jurídicas.

Las obligaciones llevarán el nombre de la entidad sobre la cual pesen inmediatamente; los derechos el de la entidad á cuyo favor se hallen inmediatamente

Digitized by Google

constituídos. Debemos, no obstante, hacer una salvedad y una aclaración.

En los derechos y obligaciones personales y personalísimas nos faltaba un nombre genérico que pudiera aplicarse á cualquiera obligación ó derecho de la clase respectiva, fuere de primero, segundo ó tercer grado. Para llenar este vacío hemos echado mano de los nombres obligación personal ó personalísima y derecho personal ó personalísimo; entonces nos hemos encontrado con que para expresar el derecho ó la obligación de una entidad personal ó personalísima de primer grado ó bien habíamos de emplear el mismo nombre genérico ó inventar otro. A lo primero se oponía nuestra repugnancia al empleo de homóminos en materias como la presente; á la segunda nuestra aversión á los neologismos. Por esto hemos adoptado los nombres de obligación y derecho personal ó personalísimo, es decir, los genéricos, pero con el aditamento «de primer grado».

Así nos ha resultado que las obligaciones personalísimas se llamarán *personalísimas de primer grado, subpersonalísimas* ó *bis subpersonalísimas,* según que pesen respectivamente sobre una entidad personalísima, subpersonalísima ó bis subpersonalísima.

Las obligaciones personales se llamarán *personales de primer grado, subpersonales* ó *bis subpersonales,* cuando pesen respectivamente sobre una personalidad ó sobre una entidad subpersonal ó bis subpersonal.

Los derechos personalísimos se llamarán *personalísimos de primer grado, subpersonalísimos* ó *bis subpersonalísimos,* según que estén constituídos inmediatamente á favor de una entidad personalísima, subpersonalísima ó bis subpersonalísima.

Digitized by Google

Los derechos personales se denominarán *personales de primer grado, subpersonales* ó *bis subpersonales* cuando el ente inmediato á cuyo favor se hallen constituídos fuere respectivamente una personalidad, una entidad subpersonal ó una entidad bis subpersonal.

Tratándose de los derechos y obligaciones reales, gracias al término predial, que no hemos inventado por cierto, y que aplicamos á los derechos y obligaciones constituídas respectivamente á favor ó en contra de una entidad real de primer grado, tenemos ya nombres genéricos; estos mismos de *derechos* y *obligaciones reales* que comprenden los grados todos de su clase respectiva.

Así las obligaciones reales se llamarán *prediales* cuando pesen sobre una propiedad; *dominicales* cuando pesen sobre un dominio y *subdominales* cuando pesen sobre un subdominio.

Los derechos reales se llamarán *prediales, dominicales* ó *subdominicales* respectivamente cuando se hallen constituidos de un modo inmediato á favor de una propiedad, de un dominio ó de un subdominio.

Una observación tenemos que hacer aquí. Podrá ser que dos ó más entidades se hallen unidas viniendo á constituir una sola. En tal caso habrá una principal, siendo las demás accesorias de aquella. Podrán darse casos también de entidades que sean principales respecto de una entidad y accesorias respecto de otras. Las obligaciones y los derechos llevarán el nombre de la entidad á la cual afecten directamente prescindiendo de las relaciones de principal ó de accesoria que esta entidad tuviere con otras entidades. Así, por ejemplo, si existe el derecho de cobrar

Digitized by Google

un censal á favor del propietario de una casa, semejante derecho, por más que forme parte como accesorio de una entidad real, (de la propiedad de la casa), es en sí una entidad subpersonal, porque aquel derecho debe cumplirlo una persona. Si, pues, sobre el expresado derecho de percibir el censo se impone una obligación, esta obligación será personal porque afecta á una entidad que en sí es personal.

Al revés, cuando un sujeto contrae deudas sin hipotecar sus fincas, vendrán éstas obligadas al pago; mas la obligación que pesa sobre las fincas no puede entonces calificarse de real; será personal, porque si las fincas están obligadas es como accesorios de la personalidad del dicho sujeto deudor.

Lo mismo diríamos de los derechos. Yo estipulo un derecho á favor de mi finca; aunque la finca es un accesorio de mi entidad personal, el derecho estipulado será real porque está constituído directamente á favor de la finca y se prescinde de que ésta sea un accesorio de mi personalidad. Al contrario, si en el ejemplo que antes poníamos del censal constituído á favor del propietario de una casa, este propietario estipula ó consigue una fianza ó hipoteca en garantía de aquel censal, esta fianza ó hipoteca serán un derecho personal, porque están estipuladas á favor de una entidad que en sí es personal, por más que como accesorio forme parte de una entidad real.

No deberíamos ocuparnos de á quién corresponderá el carácter de principal y á quién el de accesorio en el caso de estar unidas dos ó más entidades jurídicas como formando una sola. Sin embargo, diremos que cuando se hallan unidas la entidad hombre y otra cualquiera, la primera será la principal, por-

Digitized by Google

que, como decíamos arriba, todo ha sido creado para que el hombre lo destinase al cumplimiento de su fin. En el caso de estar unidas dos ó más entidades no racionales, ya seguramente al verificarse la unión se habrá expresado cuál debe tener el carácter de principal y cuál el de accesorio, y en el caso de no haberse expresado, se considerará principal la de más valor.

Hemos de advertir que el estar representadas por un mismo sujeto no hace que las entidades jurídicas hayan de considerarse unidas entre sí. Serán todas, es cierto, accesorias respecto de la entidad racional que las representa, pero entre ellas no existirá relación alguna.

Podrá ocurrir que haya dos ó más obligaciones subsidiarias la una de la otra (en los derechos no puede ocurrir esto porque los derechos no necesitan subsidio). En tal caso, aunque es costumbre decir que hay una obligación mixta, en realidad hay dos obligaciones; sólo que en ambas el sujeto activo es el mismo. Por tanto, deberá ponerse la obligación con su calificativo de personal, personalísimo de primer grado, subpersonal, subpersonalísimo, bis subpersonal, bis subpersonalísima, predial, dominical ó subdominical y después añadir la palabra *subsidiariamente* con el calificativo también que corresponda. Así *obligación personal subsidiariamente predial* lo será la que se contrae en un préstamo con hipoteca de una finca, porque hay allí como principal la obligación personal que el deudor contrae de devolver la cantidad prestada, y luego como subsidiaria, la de hipoteca que pesa sobre la finca ó propiedad para el caso de no poderse hacer efectiva la personal. *Obli-*

Digitized by Google

gación personal subsidiariamente dominical lo sería la misma del dicho préstamo si en vez de hipotecar una finca se hubiese hipotecado un censo.

Si se quisiera tener un tecnicismo en el cual viniesen expresados, á la vez, la calidad de la entidad obligada y la de la entidad acreedora, podría adoptarse el modo de anunciar las relaciones jurídicas poniendo primero la palabra *obligación* con el calificativo que diese á comprender la clase y grado de la entidad que figura como sujeto pasivo; después el nombre que indicara la fracción de actividad comprendida en la relación y, por último, un calificativo que fijara la clase y grado de la entidad á cuyo favor la relación está constituída. Así *obligación dominical de hipoteca personal* significaría una hipoteca constituída sobre un censo ú otra clase de dominio á favor de una persona.

Digitized by Google

Digitized by Google

Definición de los llamados derechos reales

Acostumbra decirse que *derecho real* es el *jus in re corporali,* el derecho sobre una cosa corporal. También, precisándolo un poco más, se dice que es el derecho que sigue á la cosa donde quiera que ésta vaya.

Ambas definiciones y todas las demás que hemos tenido ocasión de ver hasta hoy de la clase de relaciones jurídicas que nos proponemos definir, adolecen de un defecto común, que consiste en llamar *derecho* á lo que debería llamarse *obligación.*

Toda relación jurídica ofrece dos aspectos: uno para el sujeto activo; otro para el sujeto pasivo. Para el sujeto activo es la relación jurídica un derecho, porque se halla constituída á su favor; al revés para el sujeto pasivo, la relación jurídica es una obligación, porque está tenido á su cumplimiento. Consecuencia de esto es que en el anverso de toda relación jurídica, ó sea cuando la misma se anuncia con la palabra *derecho,* no se ve más sujeto que el activo, y que al contrario en el reverso de la relación, ó sea

Digitized by Google

cuando ésta se anuncia con la voz *obligación,* sólo se ve el sujeto pasivo.

Ahora bien; cuando se anuncia el anverso añadiéndole el calificativo *real* ¿no equivale esto á decir que en aquella relación jurídica una entidad real es el sujeto activo? ¿Y es esto por ventura lo que se propusieron expresar los autores de las definiciones transcritas?

Aquí, si no estamos equivocados, se encuentra el origen de toda la confusión que reina en la materia. En el estudio que precede tituládo «nomenclatura de las relaciones jurídicas» hemos hecho ver que lo que no son más que medidas de la actividad racional de los hombres sobre las cosas, actividad que es el objeto constante de las relaciones del Derecho, por una figura del lenguaje, por una sinécdoque, se han transformado en entidades jurídicas reales, ó sea en seres capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones.

Decíamos, además, en aquel estudio, que las obligaciones y los derechos, para llamarse reales, han de estar constituídos en contra ó á favor respectivamente de una entidad real. Teniendo en cuenta ahora lo allí también consignado de que las entidades reales, por carecer de inteligencia han de estar representadas siempre por su dueño, resulta que *obligación real* es la que tiene un sujeto por ser representante jurídico ó dueño de una entidad real, y que *derechos reales* lo serán los que tenga á su favor un sujeto por ser representante jurídico ó dueño de úna entidad real.

Obsérvese, sin embargo, que, conforme ya en aquel estudio indicábamos, si nada más se dijera,

Digitized by Google

con las definiciones que acabamos de mencionar en la mano, podría sostenerse que el dominio y el subdominio son, á la vez, una *obligación* y un *derecho real*. Obligación real, porque se halla tenido á ella un sujeto por ser representante jurídico de una entidad real; por ejemplo, el propietario de una casa está obligado á permitir ó tolerar la servidumbre ó está obligado á pagar el censo por su carácter de representante jurídico de la casa sobre la cual la servidumbre ó el censo pesan.

Pero á la vez este censo ó esta hipoteca serían un *derecho real* porque los tiene á su favor el que puede exigirlos por razón de ser representante jurídico de la entidad real formada por el mismo censo ó por la misma hipoteca.

Ya en dicho estudio tratábamos de evitar la confusión resultante de esto que es á un tiempo homonimia y sinominia; homonimia en cuanto se designan con el nombre *derecho* no sólo las facultades, *facultas agendi*, que por su naturaleza contiene la misma entidad real, sino también las facultades que la entidad adquiere para ejercerlas sobre otra entidad distinta; sinomimia en cuanto el dominio y el subdominio pueden ser expresados por cualquiera de las palabras *derecho* ú *obligación*.

El medio que allí proponíamos para evitar la indicada confusión consistente en llamar, no *derechos*, sino simplemente *entidades reales* á la propiedad, al dominio y ab subdominio cuando se les considera en sí, ó sea cuando se les considera como entes capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, reservando el nombre *derechos reales* para los derechos que estas entidades adquieran sobre una entidad

Digitized by Google

distinta de la suya, sea ó no real esta entidad obligada.

Si se admite esta reforma nuestra en la nomenclatura de las relaciones jurídicas, ya nunca la obligación real, ó sea el aspecto pasivo de la relación, podrá ser designada con el nombre *derecho*. Desaparece, por tanto, el privilegio que por virtud de la indicada sinonimia todos los que trataban de la materia habían acordado á la frase «derecho real» para significar los dos aspectos de la relación jurídica en que una entidad real figura.

No es poco lo alcanzado con tan sencilla reforma, ya que la claridad, si es buena en toda clase de asuntos, cuando se trata de definiciones, viene á ser de todo punto indispensable, y no es ciertamente el empleo de las palabras sinónimas lo que á la claridad conduce.

Por esto, contestando á la pregunta que antes hacíamos de si en las definiciones transcritas que los autores dan de los llamados derechos reales se propusieron hablar de las relaciones jurídicas en que es sujeto activo una entidad real, diremos que es evidente que en dichas definiciones se trata de relaciones jurídicas que pesan sobre una cosa ó entidad real, es decir, de lo que para la entidad real es una obligación; luego, si se quiere emplear un nombre que indique esta circunstancia de ser una entidad real el sujeto pasivo, debe emplearse la voz propia para significar que se trata del reverso de la relación, debe emplearse la palabra *obligación* y no el vocablo *derecho*, que expresaría todo lo contrario.

Aparte del indicado defecto, las dos definiciones mencionadas adolecen de otros más graves, si cabe. Examinémoslos.

Digitized by Google

Supongamos que en dichas definiciones ya no se emplea la voz *derecho;* supongamos que se dice: obligación real es la que se tiene sobre una cosa corporal. ¿Sería admisible la definición? Una definición semejante parecería dar á entender que toda prestación que no se sacara de la cosa ya no es real. ¿Y es esto cierto, por ventura?

Un censo en dinero lo paga el dueño de la finca con fondos sacados de otras de sus especulaciones; luego debería decirse que el censo no es una obligación real. Cabría decir, ciertamente, que con el dinero sacado de los productos de la finca se reembolsa el de otra procedencia que invirtió en pagar el censo. Pero ¿y si se pagase censo por una cosa infructífera? Es verdad que los antiguos decían que una cosa infructífera no podía darse á censo; mas una doctrina nacida precisamente de la preocupación que combatimos no hay que tenerla en cuenta.

La filosofía ningún inconveniente halla en que se imponga un censo, ó sea la obligación de pagar una cantidad de dinero, por razón de una cosa infructífera.

Hay más; si por razón de una cosa nos obligamos á prestar un servicio ó á verificar un hecho que no puede estimarse en dinero, ¿se dirá que en este caso el servicio, la prestación del hecho personal sale de los productos de la cosa? Prestaciones de esta clase hallaríamos muchas aún en los tiempos antiguos; lo que prueba que la verdad de las cosas se impone siempre. En los antiguos feudos, por ejemplo, ¿no había el servicio militar del vasallo y la prestación de un vaso de agua al señor? ¿Salían estos servicios del producto de la finca enfeudada?

Digitized by Google

La otra definición «derecho que sigue á la cosa donde quiera que ésta vaya» tiene inconvenientes de otra clase. Si se toma la palabra «derecho» tal como suena, la definición contiene una falsedad. Cuando hay una relación jurídica que pesa sobre una cosa ó entidad real, el derecho, ó sea el aspecto activo de aquella relación jurídica, no sigue á la cosa ó entidad obligada. Precisamente cuando este derecho pasa á la entidad obligada, ó, mejor dicho, á su representante, deja de existir la relación jurídica por el sabido principio *nulli res sua servit.*

Podría salírsenos al paso otra vez con la aptitud de la palabra *derecho* para significar ambos aspectos de la relación jurídica y decir que, si no es verdad que siga á la cosa obligada el aspecto activo de la relación jurídica, lo es ya que sigue á dicha cosa el aspecto pasivo de la relación, ó sea lo que nosotros llamamos *obligación.*

A una tal objeción replicaríamos lo de antes: que en ningún caso, y menos tratándose de definiciones, está bien valerse del doble sentido de las voces. Por esto nosotros preferimos llamar obligación á lo que es obligación y derecho á lo que es derecho, habiendo procurado que estas voces tuvieran una significación precisa por medio de la pequeña reforma antes indicada de llamar entidades reales á la propiedad, al dominio y al subdominio cuando se les considera en sí, prescindiendo de que sean un derecho para su representante.

¿Será admisible la definición que examinamos ahora sustituyendo la palabra «derecho» por la voz «obligación»?

Es cierto que la obligación real sigue á la cosa

Digitized by Google

donde quiera que la misma vaya; pero definiéndola de este modo temeríamos que viniese alguien, guiado por una especie de analogía, á creer que, así como la palabra *derecho* sirve para significar en el lenguaje corriente los dos aspectos de la relación jurídica, igual privilegio había de tener la voz *obligación,* y que, por tanto, al definir del indicado modo las relaciones jurídicas de que estamos tratando, habíamos querido expresar que el aspecto activo de las mismas, lo que propiamente constituye el derecho, sigue á la cosa ó entidad real donde quiera que ésta vaya.

Además, diciendo que *obligación real* es la que sigue á la cosa, se incurriría en el defecto que luego veremos en otra de las definiciones que regularmente se dan, esto es, en el defecto de comprender obligaciones que no son propiamente reales, en el sentido en que aquí nosotros las tomamos, por más que sigan á la cosa donde quiera que ésta vaya.

A lo dicho podría añadirse que debe considerarse muy diminuta la explicación de lo que sea una obligación real diciendo que es la que sigue á la cosa. A esta deficiencia se debe seguramente el círculo vicioso que más de una vez todos hemos oído: «Esto es un derecho real porque sigue á la cosa.» «Este derecho sigue á la cosa porque es real».

Se dice también «derecho real es el que se extingue con la cosa». Esta definición adolece, por lo pronto, de un defecto semejante al que notábamos en la definición anterior. Cuando hay una relación jurídica cuyo sujeto activo es una entidad real, caso en el cual, conforme antes decíamos, tendremos lo que propiamente debe llamarse *derecho real,* la rela-

Digitized by Google

ción no se extingue siempre extinguiéndose la entidad á cuyo favor se hallaba constituída.

Y nótese que tampoco se remedia este inconveniente de la definición que examinamos poniendo en ella «obligación» en vez de «derecho», porque, atribuyéndose por una especie de analogía á la voz *obligación* la idoneidad que tiene la palabra *derecho* para significar los dos aspectos de la relación jurídica, se interpretaría la definición como si dijera también que el aspecto activo de una obligación real constituída á favor de una entidad real ó cosa se extingue extinguiéndose dicha cosa ó entidad real.

Además, esta definición «derecho real es el que se extingue extinguiéndose la cosa», tiene el mismo defecto que encontrábamos en la definición anterior: comprende obligaciones que no vienen á cargo de la entidad real por más que con ella se extingan (véase más adelante allí donde explicamos nuestra definición de las obligaciones reales).

Creemos que con estos modos de definir el llamado *derecho real* «derecho que sigue á la cosa», «derecho que se extingue con la cosa», se ha querido indicar uno de los efectos de tales obligaciones: el de que la obligación ya no ha de cumplirse cuando la entidad sobre la cual pesa no basta para el cumplimiento. Más claro: que el representante de la entidad real en cuestión sólo está obligado hasta donde la entidad alcance, habiendo cumplido ya cuanto estaba de su parte con abandonar la entidad en poder del acreedor para que de ella se cobre lo que le fuere debido. Pero valía más haber expresado de un modo terminante este concepto diciendo, por ejemplo: «Obligación real es aquella á cuyo cum-

Digitized by Google

plimiento viene obligado el dueño de la entidad sujeto pasivo sólo hasta donde ésta alcanzare».

Visto ya que las definiciones principales hasta hoy dadas dejan mucho que desear, veamos si es posible dar una que sea más aceptable. Para ello tendremos que recordar algo de lo que decíamos en el ya citado estudio *Nomenclatura de las relaciones uridicas.*

Decíamos en aquel estudio que el objeto de toda relación jurídica ha de ser siempre la actividad racional del hombre. Se desprende de lo allí dicho que lo que suele llamarse indistintamente propiedad ó dominio de las cosas, en el fondo no es más que una especie de medida de la actividad humana racional; sólo que, tomando el continente por el contenido, nos hemos acostumbrado á ver en la propiedad la actividad que en ella se contiene, á la manera que diciendo España entendemos hablar de los españoles.

También decíamos en el citado estudio que la actividad contenida en la propiedad, lo mismo que cualquier otra fracción de la actividad humana racional, es capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones, de lo cual ha nacido que á la propiedad se la haya considerado como entidad jurídica.

Igualmente en aquel estudio hemos dicho que de la actividad humana comprendida en la propiedad podía segregarse una parte; que en tal caso la porción de actividad que le queda al propietario después de la segregación se llama *propiedad menos plena,* tomando el nombre de *dominio* la porción de actividad segregada. Podrá ser, añadíamos, que del

Digitized by Google

dominio se segregue á su vez una parte de la actividad que lo constituye; entonces se llamará *dominio limitado* al que le queda al dueño después de la segregación, y la porción segregada del dominio recibirá el nombre de *subdominio*. Estos desprendimientos de la propiedad, llamados *dominio* y *subdominio*, concluíamos, por el mismo fenómeno de lenguaje antes indicado, se han convertido de medidas de actividad en entidades jurídicas capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, resultando de ello tres clases de entidades jurídicas, que se llaman reales en contraposición á las personales.

Ahora bien; si la propiedad, el dominio y el subdominio son entidades jurídicas capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, no hay duda que habrá derechos y obligaciones que afectan á estas tres entidades reales; pero estos derechos y obligaciones no se llamarán reales en todos los casos. Se llamarán así únicamente cuando sea una entidad real el sujeto activo ó pasivo que se vea por el aspecto anunciado de la relación jurídica, teniendo presente que, conforme antes decíamos, la voz *derecho* anuncia el aspecto activo y la palabra *obligación* el aspecto pasivo; más claro: las obligaciones, que es lo único que nos interesa en este momento, serán reales solamente cuando el sujeto pasivo sea una entidad real: propiedad, dominio ó subdominio.

Y es menester no olvidar aquí lo que en el estudio *Nomenclatura de las relaciones jurídicas* indicábamos, á saber: que en el caso de existir unidas dos ó más entidades jurídicas como formando una sola, la obligación tomará el nombre de la entidad sobre la cual pesa directamente.

Digitized by Google

En cuanto al nombre que tomarán tales obligaciones según los casos, ya en el repetido estudio *Nomenclatura de las relaciones jurídicas* las hemos llamado *prediales*, *dominicales* y *subdominicales* respectivamente, en atención que pesan las primeras sobre una finca ó propiedad, las segundas sobre un dominio y las terceras sobre un subdominio.

Antes de definir cada una de estas tres clases de obligaciones reales, con el fin de evitar el defecto que señalábamos en la definición «derecho real es un derecho sobre cosa corporal» *(jus in re corporali)*, hemos de tener en cuenta lo ya indicado en el referido estudio *Nomenclatura de las relaciones jurídicas*, á saber: que en las segregaciones de actividad racional que en entidades reales se practiquen no es preciso que la actividad segregada sea de la misma especie que la contenida en el minuendo, porque, gracias al denominador común *dinero*, se encontrará pronto á cuánto de la actividad contenida en la entidad obligada, á cuánto de la actividad del minuendo equivale la que se pone como restricción de la misma.

Con todos estos datos y antecedentes se pueden definir ya las tres clases de obligaciones reales que nos ocupan, diciendo que la primera, ó sea la *predial*, es la restricción de la actividad racional de una persona á causa de representar jurídicamente la propiedad de una cosa; que la segunda, ó sea la *dominical*, consiste en la restricción de la actividad racional de un sujeto por su carácter de representante jurídico de un dominio, y que la tercera, la *subdominical*, consiste en la restricción de la actividad racional de una persona por su calidad de representante jurídico de un subdominio.

Digitized by Google

Nótese que, según se desprende de las definiciones que acabamos de dar y de la indicación que arriba hacíamos referente al caso de existir dos ó más entidades jurídicas unidas, para que la obligación pueda calificarse de real, se necesitan dos requisitos ó circunstancias: 1.° Que la restricción en su actividad racional la tenga impuesta el representante de la entidad real porque es ó porque será tal representante. 2.° Que la entidad cuyo representante se halla con la actividad restringida sea real en sí.

La primera de dichas circunstancias la formulamos tal como queda consignada, porque nosotros admitimos que las obligaciones reales puedan contraerse para cuando se haya adquirido la cosa ó entidad sujeto pasivo de la relación jurídica; cual admisión nada de extraño tiene si se considera que en tales casos se trata de obligaciones condicionales que surtirán efecto si se verifica la condición de llegar el contrayente á ser representante de la entidad real. Pero nótese que, aun definidas así con semejante amplitud las obligaciones reales, no puede decirse que sean tales, propiamente hablando, ni las que consisten en llenar ó cumplir un requisito indispensable para llegar á ser el representante jurídico de la entidad real, como, por ejemplo, las obligaciones que nuestras leyes vigentes imponen de tomar posesión de la cosa ó entidad, ni tampoco las que impiden de un modo absoluto llegar á ser tal representante, verbi-gracia, la obligación que yo me hubiere impuesto de no adquirir una cosa ó entidad determinada; la prohibición que imponen las leyes á determinadas personas de adquirir ciertos bienes; las obligaciones que consisten en haber de

Digitized by Google.

respetar lo que haga el representante de la entidad real como tal representante, ó sea lo que Ortolán llama obligación general y colectiva de abstenerse. Todas estas obligaciones que acabamos de enumerar se tienen, es cierto, respecto de una cosa determinada; se extinguen, no hay duda, cuando la cosa se extingue; pero no son obligaciones que pesen sobre la cosa.

Más claramente se ve que dejará de ser real la obligación, por faltarle el indicado carácter de ser una restricción impuesta al representante «porque es ó porque será tal» cuando la obligación para nada se relaciona con la entidad real. Es evidente que si yo soy propietorio de una casa y me obligo á pagar á *B* mil duros sin hipoteca, por más que yo deudor de aquella cantidad ú obligación sea propietario de la casa, la obligación será personal.

Hemos dicho que se necesita, para ser real una obligación, que sea real en sí la entidad cuyo representante se halla con la actividad racional restringida: no basta que dicha entidad sea real como accesoria de otra. Existiendo un censal de pensión anual de veinticuatro pesetas á favor del propietario de la casa *R*, si el dueño de esta casa promete entregar de aquellas veinticuatro pesetas doce cada año á *B*, no añadiéndose nada más á la convención, tendremos una obligación personal. ¿Por qué? Porque estará constituída sobre el derecho de percibir el censal, que en sí es una entidad personal por más que forme parte como accesorio de la entidad real propiedad de la casa *R*.

Confesamos ingenuamente que nuestro ánimo, al emprender este estudio, era tan sólo expresar con la

Digitized by Google

mayor exactitud que nos fuese dable lo que á nuestro juicio estaba en la conciencia de todo el mundo, esto es, que hay obligaciones y derechos reales y que importa distinguir las unas de los otros.

Sin embargo, como este empeño nos llevase á hacer un examen detenido de la nomenclatura de las relaciones jurídicas, examen del cual salió el estudio aquí tantas veces citado, vimos entonces que las obligaciones reales, para ser bien definidas y comprendidas, habían de dividirse en *prediales, dominicales* y *subdominicales.*

Con llamar *obligaciones reales* á lo que hasta hoy sin protestas de nadie, que sepamos, ha recibido el nombre de *derecho* se lograría, á nuestro entender, lo que se logra siempre que se ponen las cosas en su lugar respectivo: desterrar un manantial fecundo de errores y equivocaciones.

Con dividir luego las obligaciones reales en *prediales, dominicales* y *subdominicales* no sólo se conseguiría dar de cada una de estas obligaciones una definición, á nuestro juicio, más científica, sino que al propio tiempo se proporcionaría el medio de poderse formar de cualquiera de dichas obligaciones una idea más cabal y exacta á su sola enunciación.

Digitized by Google

ÍNDICE

	PÁG.
El artículo 27 de la Ley Hipotecaria	5
La prescripción hipotecaria	19
Rescisión de las enajenaciones en fraude de los acreedores	33
Advertencias relativas á la rescisión y resolución de las ventas por falta de pago del precio	39
Notificación de las cesiones de crédito hipotecario.	57
El artículo 22 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á inscripción	65
El artículo 36 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro	79
Los artículos 16 y 21 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos á registro.	87
Reserva de los derechos dominicales en las escrituras de enajenación de fincas enfitéuticas	95
Funciones encomendadas al Notario por el Ministerio de Hacienda	107
El Notario-inscripción	131
¿La legítima catalana afecta al tercero de derecho inscrito?	153
Fórmula del fideicomiso catalán	165
Condominio futuro	181
Nomenclatura de las relaciones jurídicas	185
Definición de los llamados derechos reales	209

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

DEL MISMO AUTOR

La protección del Derecho Inmobiliario. 4 pesetas.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google